شرح الزيادات

للإمام محمد بن الحسن الشيباني ١٣٢هـ - ١٨٩هـ

تأليف

الإمام الفقيه فخر الدين حسن بن منصور بن محمود الأوزجندي الفرغاني

المعروف بقاضي خان المتوفى ٥٩٢هـ

تحقيق وتعليق

فضيلة الأستاذ الدكتور قاسم أشرف نور أحمد

المجلد الخامس

كتاب الوصايا - الكفالة - الحوالة

دار إحياء التراث العربي

بيروت - لبنان

كتاب الوصايا(1)

باب الولد يدّعيه الرجلان ما يجوز لأحدهما عليه وما لا يجوز

(1) "الوَصايا" جمع الوصية، وهي في اللغة اسم بمعنى المصدر الذي هو التوصية، ومنه قوله تعالى: ﴿حين الوصية﴾ أوصى الرجلَ ووصّاه، عهد إليه، يقال: أوصيت أي فرضت إلى زيد لعَمرو بكذا، فهو موصي، وذلك وصيّ، ويقال له: الموصى إليه، وموصى له، والمال موصى به، يقال: أوصى فلان لفلان بكذا.

وشرعًا: تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، قال صاحب الاختيار: وهي طلب فعل يفعله الموصى إليه بعد غيبة الموصي أو بعد موته، فيما يرجع إلى مصالحه، كقضاء ديونه والقيام بحوائجه، ومصالح ورثته من بعده، وتنفيذ وصاياه وغير ذلك. اللباب بشرح الكتاب ٤/ ١٦٧، جامع الرموز ٤/ ٥٩٤، بدائع الصنائع ٧/ ٣٧٨، طلبة الطلبة ٣٤٢، المغرب ص٦.

ولقد تناول مؤلفوا ال كتب الفقهية في كتاب الوصايا ثلاثة موضوعات:

الأول: أحكام الوصية بمعناها الاصطلاحي، وهي إثبات الحق لغيره في تركته بعد موته.

الثاني: التبرعات المنجزة في مرض الموت كالهبة والوقف والكفالة والمحاباة، فهذه لايتناولها اسم الوصية إلا أنها تأخذ حكم الوصية بعد موت المريض من حيث اعتبارها من الثلث.

الثالث: الإيصاء، وهو إقامة الإنسان غيره مقام نفسه بعد موته للنظر والتصرف في شئون تركته وأولاده، وقد جرى العرف على تسمية هذا النوع من العقد "إيصاء" أو "الوصاية"، وعلى تسمية التمليك "وصية"، ويتعدّى الأول بـ "إلى" والثاني بـ "اللام"، كما يسمّى الشخص الذي أسندت إليه هذه المهمة بـ: الموصَى إليه أو الوصِيّ.

من البيع والشراء وغيره

بنى الباب على أصول:

أحدها: أن الاستواء فى الحجّة يوجب الاستواء فى الاستحقاق[1].

ومنها: أن الوصيّ يتصرف بحكم التفويض، وانتقال ولاية الموصي إليه، فتعتبر ولاية الموصى وقت [الإيصاء][2] إليه.

ومنها: أن أحد الوصيّين لا ينفرد بالتصرف عند أبى حنيفة ومحمد[3] إلا فى أشياء

---

(١) تتضح هذه القاعدة بكلام الحَصيري فقال: إن المساواة في سبب الاستحقاق توجب المساواة في الاستحقاق، لأن الاستحقاق بحكم السبب، والتساوي في السبب يوجب التساوي في الحكم، كالشراء والقَرابة والهبة وغيرها من الأسباب. «التحرير» ق ٥/ ٤٩١. "وهذه قاعدة فقهية جليلة تبين مدى ارتباط الأحكام بأسبابها، وتُقرّر أن الاستواء في الحجة أو العلّة يوجب الاستواء في الاستحقاق، لأن هذا مقتضى العدل الذي قرّره التشريع الحكيم في أحكامه". انظر تفريعات هذه القاعدة في: «القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير شرح الجامع الكبير» الذي استخرجها وقدّم لها الدكتور علي احمد الندوي، ص ٤٠٩. ويُرجع إلى: «المبسوط» ٥/ ١٧٠، ١٧/ ٣٥، ٢٣/ ١٧٢، ٢٦/ ١٤٠، و«فتح القدير» ١٠/ ٢٤٦، وكشاف القناع للبهوتي ٦/ ٣٣.

(٢) وفي الأصل: وقت الانتقال إليه. والمثبت من (ج) و (د)، وهو أولى.

(٣) يجوز تعدّد الأوصياء عند الفقهاء، فيجوز أن يوصي لاثنين بلفظ واحد مثل: "جعلتكما وصيين"، أو بلفظين، ولايجوز لأحدهما الإنفراد بالتصرف، سواء أكان التعيين بعقد واحد أو بعقدين مختلفين، وهذا باتفاق الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، فليس لأحد الوصيين الإنفراد بالتصرف إلا بتصريح الموصي بجواز الإنفراد، لأن الموصي لم يرض إلا بتصرفهما،

معدودة: شراء الكفن، وتوابعه، وشراء مالا بدّ للصغير منه نحو الطعام والكسوة، وقبول الهبة للصغير، وتنفيذ الوصية المعينة، وعند بعض الناس وغير المعينة أيضا، وقضاء الدين، وردّ الودائع، والخصومة[1]. وزاد بعض أصحابنا: وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف.

وعند أبي يوسف ينفرد أحد الوصيين[2] بالتصرف في كل شيء[3].

وانفراد أحدهما يخالف ذلك، وعليهما التعاون في التصرفات، فلايستقل أحدهما بالتصرف إلا بتوكيل. يرجع للتفصيل: «مختصر اختلاف العلماء» ٥/ ٧٦، و«الجامع الصغير» ص ٥٣٠، و«المبسوط» ٢٨/ ٢١، والدر المختار مع «ردّالمحتار» ٥/ ٤٤٩. و«الشرح الصغير» للدردير ٤/ ٦٠٧٨، و«المهذب» للشيرازي ١/ ٤٦٣، و«مغني المحتاج» ٣/ ٧٧، و«كشاف القناع» للبهوتي ٤/ ٤٣٨.

(١) نصّ عليه الإمام محمد في «الجامع الصغير»، وروى الحسن عن زفر مثل قول أبي حنيفة، وذكر الإمام الطحاوي رواية ابن سماعة عن محمد: في رجل يوصي إلى رجلين، قال: ليس لأحدهما أن يفعل شيئا دون صاحبه إلا في ستة أشياء، يجوز له ما يجوز للوارث أن يفعله إلا في خصلتين: يجوزان له ولا يجوز للوارث: النفقة على الصغار في الطعام والكسوة التي لابد منها فإن ذلك يجوز له، ولا يجوز للوارث أن يفعله، وجوّز له شراء الكفن وقضاء الدين عنه، وإنفاذ وصيته فيما أوصى به من صدقة أو نحوهما، أو شيء لرجل يدفعه إليه من غير شركة بينه وبين قوم، ويكون خصما فيما يدعي على الميت، فأما غير ذلك من شراء وبيع، فلا. انظر: «مختصر اختلاف العلماء» ٥/ ٧٦، و«الجامع الصغير» مع النافع الكبير، ص ٥٣٠، و«المبسوط» ٢٨/ ٢١، و «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص، تحقيق: سائد محمد يحي بكداش، ٢/ ٥٤٩.

(٢) وفي (ج) و (د): أحدهما.

(٣) انظر: «الجامع الصغير» ص ٥٣٠، و «مختصر اختلاف العلماء» ٥/ ٧٦.

ومنها: أن وصيّ الأب مقدم على الجدّ عندنا، خلافا لمالك[1].

---

(١) سوق الكلام بإجماله الشديد يُوهِم أن المالكية يُقدّمون الجدّ على وصيّ الأب، و ليس الأمر كذلك، وما قصده الشارح أيضا، فلذا يقتضي بنا المقام التفصيل في ذلك، فنقول: إن الفقهاء اختلفوا في ترتيب الأولياء على المال كالتالي:

ذهب فقهاء الحنفية الى أن ولي الصبى ومن في حكمه كالمجنون والمعتوه، أبوه، ثم وصي الأب بعد موت الأب، ثم وصي وصي الأب، ثم الجد الصحيح ـ احترازا عن الجد الفاسد وهو أبو الأم ـ ثم وصي الجد، ثم وصي وصيه، ثم القاضي، ثم وصي القاضي. ويستفاد من هذا الترتيب أنه لا ولاية للجد مع وصي الأب ولا للقاضي مع الجد أو وصيه، وأما من عدا الأصول من العصبة، كالعم والأخ، أو من ذوى الأرحام كالأم ووصيها فلا تصح ولا يتهم على مال الصبى.

ولقد علّلوا هذا الترتيب بأن الولاية تثبت على الصغار باعتبار النظر لهم، وشفقة الأب فوق شفقة الكل، وشفقة وصيّه فوق شفقة الجد؛ لأنه مرضِيّ الأب ومختاره، فكان خلَف الأب في الشفقة؛ وخلف الشيء قائم مقامه كأنه هو، وشفقة الجدّ فوق شفقة القاضي، لأن شفقته تنشا عن القرابة، والقاضي أجنبي، ولا شك أن شفقة القريب على قريبه فوق شفقة الأجنبي، وكذا شفقة وصيه، لأنه مرضيّ الجد وخلفه، فكانت شفقته مثل شفقته. والولاية على هذا الترتيب ضرورة، لأن ترتيب الحكم يكون على حسب ترتيب العلة، وليس لمن سوى هؤلاء من الأم والأخ والعم وغيرهم ولاية التصرف على الصغير في ماله. لأن الأخ والعم قاصرا الشفقة، وفي التصرفات تجرى جنايات لا يهتم لها إلا ذوالشفقة الوافرة، والأم وان كان لها وفور الشفقة، لكن ليس لها كمال الرأي لقصور عقل النساء عادة، فلا تثبت لهن ولاية التصرف في المال ولا لو صيهن، لأن الوصي خلف الموصى قائم مقامه، فلا يثبت له إلا قدر ما كان للموصي، وهو قضاء الدين والحفظ فقط. راجع «مختصر الطحاوي»، ص ١٦٣، «مختصر اختلاف العلماء»، ٥/٦٨، «ردّالمحتار» ٥/ ١٥١«الفتاوى الهندية» ٦/ ١٤٦، «تبيين الحقائق» ٢/ ٣٢، الأشباه

ومنها: أن وصيّ الأم لا يملك التصرف عندنا[1]، خلافا للشافعي.

رالنظائر لابن نجيم، ص١٦٠.

وعند فقهاء الشافعية الولي على الصغير هو أبوه إن كان عدلا، فإن لم يوجد أو كان ممن لا يصلح للنظر، فالولاية للجدّ، فإن لم يكن أب ولا جدّ، نظر الوصي من قبلهما، فإن لم يكونا ولا وصيّهما، فهل تستحق الأم النظر؟ فيه رأيان: الأول: تستحق النظر في مال ولدها، لأنها أحد الأبوين، الثاني: وهو المذهب أن لا وصاية لها، كولاية النكاح، بل النظر إلى القاضي. مغني المحتاج ٣/ ١٧٣، نهاية المحتاج ٤/ ٣٧٣، المجموع ١٣/ ٣٤٥.

وذهب فقهاء المالكية والحنابلة إلى أن الولي أصالة على الصغير هو الأب الرشيد، لا الجد ولا الأخ ولا العم إلا بإيصاء الأب. ثم يليه وصي الأب لأنه نائبه فأشبه وكيله في الحياة، ثم الحاكم عند عدمهما، لأن الولاية انقطعت من جهة القرابة، فثبتت للحاكم. انظر: «المدونة» للإمام مالك ٦/ ٩. بلغة السالك ٢/ ١٣٠، حاشية الدسوقي ٣/ ٢٩.

بعد هذا العرض نلاحظ أولا: أن الفقهاء أجمعوا على أولوية الولاية للأب، لأنه موفور الشفقة على ولده وأكثر الناس حرصا على مصلحته وأنظرهم لماله. ثانيا: الحنفية والشافعية يتفقون في اعتبار الولاية للجد، إلا أن الشافعية يرون تفضيل الجد على وصي الأب، خلاف الحنفية، وإن الحكمة من أسبقية الولاية إلى وصي الأب عند الحنفية هو أن اختيار الموصي له مع علم الأب بوجود الجد، قوي الدلالة على أنه يأنس في الوصي الكفاية، وأنه يريد أن يُنيبه منابه، ولما كان الأب مفضلا عن الجد فكذا من ينوب عنه. ثالثا: إن المالكية والحنابلة لا يرون انتقال الولاية إلى الجد، وإنما تنتقل إلى وصيّه ثم إلى وصي وصيه ثم إلى القاضي، ويعلّلون حرمان الجد من الولاية بأن الجد لا يُدلي بنفسه إلى الصغير، وإنما يدلي بالأب الأدنى، فلم يل مال الصغير كالأخ.

(١) قال أبو جعفر الطحاوي: لم يكن للأم والأخ ولاية في مال الصغير، كذلك وصيهما، وقد اتفقوا على أن وصيهما لا يتصرف فيما لم يرثه الصغير عنهما. وعلّله الجصاص بأنهم لا يملكون

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: جارية بين رجلين جاءت بولد، فادّعياه، ثبت النسب منهما، خلافا للشافعي.

له: أن القاضي يتيقّن بكذب أحدهما، لأن سبب الأبوّة الانخلاق من مائه، والانخلاق من مائهما لا يتصور، فإذا تيقّن كذب أحدهما، وليس أحدهما بأولى من الآخر، بطل كلا مهما[1].

ولنا: ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما: أنهما قضيا بالنسب لهما في مثل هذه الصورة[2]، ولأن الانخلاق أمر باطن لا يمكن الوقوف عليه، فبنينا الأمرَ على الحجة،

التصرف على الصغير، لأن كل واحد منهما قائم مقام الميت الموصي، والميت لم يكن يملك التصرف على الصغير، فوصيّه أحرى أن لا يملك. انظر: «مختصر اختلاف العلماء» ٥/ ٧١، و «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص، ٢/ ٥٥٧.

وكذا هذا الحكم في وصي الأخ والعم والخال والخالة، وكل ذي رحم محرم فحكمه حكم وصي الأم. راجع «جامع أحكام الصغار» ٢/ ١٩٥.

(١) "كلا مهما" ساقط من (ج) و (د).

(٢) كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه متشدّدا في أمر النسب، وكان يحرص على أن يلحق الأبناء بآبائهم، فإذا وطئ رجلان أمة واحدة في طهر واحد، وادّعى الولد كل من الرجلين، فإنه يُريه القافَةَ، فمن حكمت له القافة، كان الولد له، فإن ألحقوه بكلا الرجلين، فإن عمر قَضى بالولد لهما وجعله بينهما، ففي مصنف عبد الرزاق وغيره « أن رجلين ادّعيا ولدا، فدعا عمر القافةَ، فرأوا شبهه فيهما وشبههما فيه، فقال عمر: هو بينكما ترثانه، ويرثاكما». «مصنف عبد الرزاق» ٧/ ٣٦٠، «مصنف ابن أبي شيبة» ٢/ ١٨٧، ورواه البيهقي في السنن الكبرى وصحّحه، ١٠/ ٢٦٤، ورواه الإمام مالك في المؤطاء ٢/ ٢١٥، والطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/ ١٦٢،

وقول كل واحد منهما حجة يثبت به النسب عند الانفراد، فكذلك عند الاجتماع.

ثم أحكام النسب على نوعين:

أحدهما: يقبل التبعيض، وهو التصرف في المال.

والثاني: لا يقبل، وهو ولاية الإنكاح، فما يقبل التبعيض يثبت لهما، وما لا يقبل يثبت لكل واحد منهما، كما في الأخوين ونحو ذلك.

فلو أنهما أعتقا الجارية، واكتسبت أكسابا، ثم ماتت، ورثها هذا الولد.

فإن أوصت إلى رجل، كانت الوصاية في مال الولد حفظا وتصرفا للأبوين دون وصيّ الأم، لأن وصيّ الأم قائم مقام الأم، والأم لا تملك التصرف في مال الصغير، فكذا وصيّها[1].

وكذلك الحفظ لأنه تبع للتصرف، يثبت لمن كان[2] له ولاية التصرف.

فإن باع وصيّ الأم شيأ من التركة لاينفذ بيعه[3] حال حضرة الوالدين، وإن كانا غائبين جاز بيع وصيّ الأم في المنقول دون العقار[4]؛ لأن وصيّ الأم يملك حفظ ما تركت الأم حال غيبة الوالد، لأن الحفظ من حقوق الميت حتى لو ظهر دَين يقضى من التركة،

والإمام الشافعي في الأم ٦/ ٢٤٧.

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٥/ ٧١، «جامع أحكام الصغار» ٢/ ١٩٥.

(٢) "كان" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "بيعه" ساقط من (ج) و (د).

(٤) «جامع أحكام الصغار» ٢/ ١٩٥.

وعسى يكون حفظ الثمن أيسر من حفظ العين[1]، فكان بيع المنقول من الحفظ، أما العقار محفوظ بنفسه لا يَرِد عليه التوى والتلف فلا يملك بيعه[2].

ويكون وصيّ الأم كوصيّ الأب على الكبير الغائب[3]، يملك الحفظ وما كان من توابعه[4]، ولا يملك سواه.

فإن قيل: المودع لا يملك بيع المنقول وإن كان يملك الحفظ.

قلنا: لأن المودع فوّض إليه الحفظ، وأستبقى حق البيع لنفسه. أما الميت فوّض الأمر إلى وصيّه، وأقامه مقام نفسه مطلقا فافترقا.

---

(١) قوله: "من حفظ العين" ساقط من (ج) و (د).

(٢) لأن العقار محصون بنفسه، ويصعب الاستيلاء عليه مقارنة بالمنقول. وانظر «جامع أحكام الصغار» ٢/ ١٩٤.

(٣) ذكر الإمام الاستروشني أن الوصيّ نوعان: قوي وضعيف، فالقويّ: وصيّ الأب ووصيّ وصيّه، والضعيف: وصيّ الأم، وحكم الوصي الضعيف على الصغير كحكم الوصي القوي على الكبير الغائب، يبيع منقول الصغير، لأنه قائم مقام الأم والأخ والعم، ولهم الحفظ دون التصرفات، وإنما يملك الوصي الضعيف هذا القدر من التصرف عند عدم الوصي القوي، أما حال وجود الوصي القوي فلايملك التصرف في مال الصغير أصلا. «جامع أحكام الصغار» ٢/ ١٩٤.

(٤) ليس للوصي الضعيف سوى القيام بمصالح موصيه، كتنفيذ الوصية وقضاء الدين ونحوه، ولايكون لوصي الأم ولاية الشراء على سبي التجارة إلا شراء ما لابدّ لليتيم من كسوة أو نفقة. «جامع أحكام الصغار» ٢

ولو كان أُحد الوالدين حاضرا دون الآخر[1] لا يجوز بيع وصيّ الأم في العقار، ويجوز فيما سواه عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف لا يجوز بيعه في شيء، فعندهما غيبة الوالدين[2] كغيبتهما.

وعند أبي يوسف[3] حَضرة أحدهما كحضرتهما بناءً على أن أحد الوالدين، وأحد الوصيّين عندهما لا ينفرد بالتصرف، وعند أبي يوسف[4] ينفرد.

لأبي يوسف أن الوصيّ يتصرف بحكم انتقال ولاية الموصى إليه، لا بحكم النيابة؛ لأنه يتصرف بعد انقطاع ولاية الموصى، ولهذا لو جعله وصيّا في شيء يصير وصيًا في جميع الأشياء، وولاية الموصى لا تتجزأ فيه، فينفرد كل واحد منهما بالتصرف كالوكيلين بالهبة والابراء، ولهذا ينفرد في الأشياء المخصوصة، وكلامه في الأبوين أظهر، لأن سبب الولاية لأبوين[5] النسب، والنسب ثبت لكل واحد منهما حتى يرث من كل واحد من الأبوين ميراث ابن كامل، ولهذا ينفرد كل واحد منهما[6] بالتزويج.

ولأبي حنيفة ومحمد: في الوصيّين: أن الميّت رضي برأيهما لا برأي أحدهما، فلا ينفرد أحدهما بالتصرف، كالوكيلين بالمبادلة ومولِيي العتاقة.

(١) وفي (ج) و (د): " ولو غاب أحد الأبوين".

(٢) "الوالدين" ساقط من (ج) و (د).

(٣) وفي (ج) و (د): " وعنده".

(٤) " أبي يوسف" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "لأبوين" ساقط من(ج) و (د).

(٦) من قوله: " حتى يرث من كل واحد" ساقط من (ج) و (د).

وفي الأبوين: سبب الولاية النسب، والأب في الحقيقة أحدهما، ولهذا يرثان منه ميراث أب واحد، فلا يجوز تصرف أحدهما لاحتمال أن يكون الأب هوالآخر.

فعندهما إذا كان لا[1] ينفرد أحدهما بالتصرف كان غيبة أحدهما كغيبتهما، وعند أبي يوسف لما كان ينفرد أحدهما بالتصرف كان حضرة أحدهما كحضرتهما، فلاتثبت الولاية لوصيّ الأم، وإنما ينفرد أحد الوصيّين با لتصرف بشراء الكفن وتوابعه؛ لأن ذلك من باب الحسبة لا من باب الولاية، ولهذا لا يملكه الرفيق في السفر.

وكذا شراء ما لابدّ للصغير منه وبيعه؛ لأنه لو لم ينفرد به أحدهما يموت الصبيّ جوعا وعطشا، فكان من باب الضرورة.

وأما قضاء الدين، بأن أستهلك الصبي مال إنسان وردّ الودائع، فلأن لصاحب المال أن يأخذ ماله، ولصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه أن يأخذ، فلم يكن ذلك[2] من باب الولاية، وقبول الهبة والقبض إنفاع محض للصغير، ولهذا يملكه الملتقط على اللقيط، فأحد الوصيّين أولى.

وينفرد أحدهما بالخصومة عن الصغير فيما يدعى له و يدعى [3]عليه، لأن في اجتماعهما شغبا، وأنه يخلّ بالمقصود[4]، ولهذا ينفرد له أحد الوكيلين، فأحد الوصيّين أولى. وتنفيذ الوصيّة المعينة وإعتاق العبد الموصى بعتقه؛ لأنه لا يحتاج إلى الرأي

(١) "كان لا" ساقط من في (ج) و (د).

(٢) "ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "يدعى" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د): "بالخصومة".

والمشورة.

قال أبو بكر الرازي : أحد الوصيّين ينفرد بتنفيذ الوصيّة وإن لم تكن بعينها؛ لأنه ليس فيه بدل[١]، فينفرد أحدهما.

وما ينفرد به أحد الوصيّين ينفرد به أحد الأبوين، لما ذكر في الوصيين[٢]، بل أولى؛ لأن حالهما فوق حال الوصيّين.

وينفرد بالتزويج أيضا، لأن كل واحد منهما أثبت الأبوّة، وولاية التزويج مما لا يتجزأ، فتثبت لكل واحد منهما مجملا، ولأن هذا من الحوائج اللازمة، فكان بمنزلة[٣] الكسوة والطعام.

ولا يكون له خيار البلوغ، فأما إذا زوجاه، فلأن النكاح صدر من الأب، وأما إذا زوّجه أحدهما؛ لأنا حكمنا بصحة هذا النكاح[٤]، فإن كان أبا لايثبت فيه خيار البلوغ، وإن لم يكن يثبت فلا يثبت بالشك.

ولا ينفرد أحدهما بالبيع والشراء والقسمة، كما لا ينفرد به أحد الوصيّين، وكذلك اقتضاء الدين، لأنه مبادلة؛ لما عرف أن الديون تُقضى بأمثالها لا بأعيانها[٥].

---

(١) وفي (ج) و (د): "لابدل فيه".

(٢) قوله: "لما ذكر في الوصيين" ساقط من (ج) و (د).

(٣) قوله: "فكان بمنزلة" ساقط من (ج) و (د).

(٤) قوله: "هذا النكاح" ساقط من (ج) و (د).

(٥) انظر قاعدة: "الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها" في «المبسوط» ١١/ ٤١، و«الهداية» بشرحه «فتح القدير» ٧/ ٣٤٢.

فإن مات أحد الأبوين، وترك مالا، وأوصى إلى رجل، كانت الولاية في مال الصغير حفظا وتصرفا للأب الحيّ، دون وصيّ الأب الذي مات، ووصيّ الأم؛ لأنه لما مات أحد الوالدين[1] تعيّن الآخر للأبوّة[2]، لقول عمر رضي الله عنه: «وهو للباقي منكما»[3]، وأراد به أحكام النسب، ولأنه لما كان أحدهما[4]، زالت مزاحمته، فتعيّن الآخر لانتفاء المزاحم.

فإن غاب الوالد الباقي، فحفظ ما تركت الأم، وبيع ما سوى العقار من تركتها يكون لوصيّ الأم، وحفظُ ما ترك الوالد الميت[5]، وبَيع ماسوى العقار من تركته لوصيّه؛ لأن ذلك من حق الميت.

ولو مات الوالد الباقي، وترك مالا، وأوصى إلى رجل، فوصيّه أحق بجميع ذلك حفظا وتصرفات غيره، لأن الوصي قائم مقام الموصي، والوالد الباقي حين مات كان أحق

---

(١) وفي (ج) و (د): "أحدهما".

(٢) "للأبوّة" ساقط من (ج) و (د).

(٣) إشارة إلى ما سبق من آثار عمر وعلي رضي الله عنهما، أما قوله: "وهو للباقي منكما" فالصحيح أنه قول عليّ رضي الله عنه، وروى سمّاك عن مولى بني مخزومة، قال: وقع رجلان على جارية في طهر واحد، فعلقَت الجارية، فلم يدر من أيّهما هو، فأتيا عمرَ، يختصمان في الولد، فقال عمر: ما أدري كيف أقضي في هذا؟ فأتيا عليّاً، فقال: «هو بينكما، يرثكما وترثانه، وهو للباقي منكما». رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/ ١٦٤.

(٤) قوله: "لما كان أحدهما" ساقط من (ج) و (د).

(٥) وفي (ج) و (د): "ترك الأب".

بجميع ذلك[1] فكذلك وصيّه.

وكذا لو كان الوالد الأول مات[2]، وترك أبا، كان وصيّ الوالد[3] الباقي أولى من الجد؛ لأن ولاية الموصى انتقلت إليه فقام مقامه. وحال حياة الموصى لا تُثبت الولاية للجد فكذا بعده.

وكذا لو مات هذا الوصيّ، وأوصى إلى غيره كان وصيّه أولى لأنه قائم مقام الأول[4].

ولو مات الوالد الثاني ولم يدَع وصيًا، أو مات وصيّه ولم يوص إلى غيره، والوالد الأول كان أوصى إلى رجل، وترك أبا، فالجد أحق بمال الصغير حفظا وتصرفا من وصيّ الوالد الأول، ومن وصيّ الأم، لأن وصيّ الوالد الأول قام مقام الوالد الأول، [وهو ما][5] كان ينفرد بالتصرف عند الإيصاء، فكذا وصيّه، ويكون وصيّه بمنزلة وصيّ الأم، ووصيّ الأب على الكبير الغائب، أما الجد يتصرف بحكم النسب لا بطريق[6] الإنابة والتفويض.

ولو مات الوالدان أحدهما بعد صاحبه، وترك كل واحد منهما أبا، وأوصى إلى

---

(١) من قوله: "حفظا وتصرفات غيره" سقطت العبارة في (ج) و (د).

(٢) وجاء في (ج): "وكذا لو مات الأول".

(٣) "الوالد" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "الأول" ساقط من (ج) و (د).

(٥) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج) و (د).

(٦) وفي (ج) و (د): "بحكم".

غيره كان وصيّ الذي مات آخرا أولى من الكل.

ولو مات الوالد الثاني، ولم يوص إلى غيره، أو مات وصيّه ولم يوص إلى غيره كانت الولاية للجدّين جميعا[1]، لا يقدّم أحدهما على الآخر.

فرق بين الجدّين وبين الوصيّين، في الوصيين يعدم وصي الوالد الذي مات آخرا على وصي الأول، وفي الجدين لايعدم، بل يشتركان في الولاية[2].

[والفرق][3] ما ذكرنا أن الوصيّ يتصرف بحكم انتقال ولاية الموصى إليه، والأب الباقي وقت الايصاء كان ينفرد بالتصرف، فيثبت ذلك لوصيّه، أما الجد [يتصرف][4] بحكم النسب، فقد أستويا في العلة، فقام الجدّان في النسب مقام الابوين، فتثبت الولاية لهما جميعا[5].

[وينفرد أحد الأبوين بقبول الهبة وقبضها][6].

ولو وهب لهذا الغلام هبة في حق الوالدين، فقبل أحدهما، صحّ قبوله، وكذا إذا قبض[7].

---

(١) "جميعا" ساقط من (ج) و (د).

(٢) سقطت عبارة طويلة من قوله: "في الوصيين يعدم" في (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخ الأخرى.

(٤) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج) و (د).

(٥) "جميعا" ساقط من (ج) و (د).

(٦) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج) و (د).

(٧) سقطت هذه الفقرة كلها من (ج) و (د).

وكذا لو وهب له أحد الأبويين شيأ، وأعلم، وأشهد جاز في قيأس قولهم، لما ذكرنا أن نبول الهبة يستغني عن الولاية[1] حتى يصح من الملتقط، والأم، والمحجور.

ولو مات الوالدان معا، أو أحدهما قبل صاحبه، ولا يدرى أيهما مات أولا، وأوصى كل واحد منهما إلى رجل، كانت الولاية للوصيّين جميعا[2]، لأنه إذا لم يعرف الأول كان من له الولاية مشتبها، فقام الوصيّان مقامهما، وكان حكمهما حكم الأبوين، وإن عرف الآخر فوصيّه أولى؛ لأنه قائم مقام الموصي.

وهذا بخلاف ما إذا مات رجل، وأوصى إلى رجلين، فمات أحدهما، لا يتصرف أحدهما حتى يجعل له القاضي ذلك، أو ينصب معه وصيا[3] آخر، وفي الأبوين إذا مات أحدهما ينفرد الآخر بالتصرف.

والفرق أن كل واحد من الأبوين أثبت سبب الولاية، وهو النسب، وكانت[4] المشاركة باعتبار المزاحمة، فإذا مات أحدهما[5] زالت المزاحمة بالموت، وتعيّن الآخر لأحكام النسب.

أما في الوصيّين سبب الولاية التفويض، والموصي رضي برأيهما، لا برأي أحدهما، فإذا مات أحدهما فات رأيه، فلا يتصرف الآخر ما لم يطلق له القاضي ذلك، أو

---

(١) كذا في الأصل، وفي (ج) و (د): "لا يفتقر إلى الولاية".

(٢) "جميعا" ساقط من (ج) و (د).

(٣) وفي (ج) و (د): "وليا آخر"، وهو خطأ.

(٤) "كانت" ساقط من (ج) و (د).

(٥) قوله: "مات أحدهما" ساقط من (ج) و (د).

ينصب وصيًا آخر معه ليقوم الثاني مقام الأول.

ولو جنّ أحد الأبوين جنونا مُطبقا كانت الولاية للآخر؛ لأن الجنون المطبق[1] يبطل أهلية التصرف، ويقطع[2] الولاية[3]، فكان بمنزلة الموت[4].

---

(١) "الجنون": عرّفه الجرجاني بقوله: «الجنون هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرا»، وعرّفه أبو البقاء الكفوي بأكثر وضوح بأنه: اختلال القوة المميزة بين الزمور الحسنة والقبيحة، المدركة للعواقب، بأن لاتظهر آثارها وتتعطّل أفعالها، إما لنقصان جُبِل عليه دماغه في أصل الخلقة، وإما لخروج مزاج الدماغ عن الاعتدال بسبب خَلط أو آفة، وإما لاستيلاء الشيطان عليه، وإلقاء الخيالات الفاسدة إليه، بحيث يَفرح ويَفزع من غير ما يصلح سببا. «التعريفات» ص ١٠٧، «الكليات» ص ٣٤٩.

والجنون على قسمين: ١ـ الجنون المطبِق، بكسر الباء، أي الممتدّ والدائم، ومنه الحمى المطبقة: أي الدائمة التي لاتفارق ليلا ولا نهارا، والامتداد عبارة عن تعاقب الأزمنة، وليس له حدّ معين فقدروه بالأدنى، وهو أن يستوعب الجنون وظيفة الوقت، وهو اليوم والليلة في الصلاة وجميع الشهر في حق سقوط الصوم. ولذا قالوا في المجلة: "المجنون المطبَق": هو الذي يستوعب جنونه جميع أوقاته، و"المجنون غير المطبَق" هوالذي يكون في بعض الأوقات مجنونا، ويفيق في بعضها. المادة: ٩٤٤. أما في حق التصرفات، فاختلف الفقهاء في تحديد الوقت الذي يلزم ليعدّ الجنون فيه جنونا مطبقا إلى عدة أقوال، والقول المفتى به هو تحديده بالشهر، كما صرّح به قاضي خان وابن عابدين. راجع «الكليات» ص ٣٥٠، «ردّالمحتار» ١/ ٥١٦، «فتح القدير» ٦/ ١٢٦، «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ٩/ ٥٨٥.

(٢) في (ج) و(د): "ويبطل".

(٣) ذكر في مجلة الأحكام العدلية أن المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز. (المادة: ٩٧٩)، وتصرفات المجنون غير المطبق في حال إفاقته كتصرفات العاقل. (المادة: ٩٨٠). وانظر:

ولو كان يجنّ ويفيق، لاينفرد الآخر بالتصرف؛ لأنه بمنزلة الإغماء[1]، لا يقطع الولاية حتى لا يولى عليه، فلا تزول مزاحمته، وبقيت الولاية لهما.

والله أعلم

«درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ٩/ ٦٢٨، و«كشف الأسرار» للبخاري، ٢/ ١٣٨٣، و«التلويح على التوضيح» ٢/ ١٦٧، «التقرير والتحبير» ٢/ ١٧٣.

(٤) اتفق الفقهاء على عزل الوصي وبطلان الولاية بالموت والجنون والفسق، لاستحالة التصرف بالموت، وعدم المصلحة في الجنون والفسق. انظر: «ردّالمحتار» ٥/ ٤٩٥، المهذب ١/ ٤٦٣، الشرح الصغير ٤/ ٦٠٦، كشاف القناع ٤/ ٤٤٠.

(١) "الإغماء": هو تعطّل القوى المدركة المحركة حركة إرادية بسبب مرض يعرض للدماغ أو القلب، وهو يشبه النوم في تعطيل العقل، إلا أن النوم عارض طبيعي، والإغماء غير طبيعي، فيكون حكمهما واحدا في التصرفات، وهو إلغاؤها وبطلانها لانعدام القصد عند المغمى عليه، وباعتبار أنه مرض يمنع فهم الخطاب، فيؤثر تأثيرا أكثر من النوم، ولذا جعله الفقهاء ناقضا للصلاة في كل حال. انظر: «أصول السرخسي» ٢/ ٣٣٩، «كشف الأسرار» للبخاري، ٢/ ١٣٩٨، و«التلويح على التوضيح» ٢/ ١٦٩، «التقرير والتحبير» ٢/ ١٧٩.

باب ما يجوز من وصيّة المسلم والذمّي والكافر وما يتقرّب به إلى الله تعالى وما لا يجوز

بنى الباب على: أن جعل المسلم دارَه مسجدا جائز [١] لازم إذا تمّ شرطه [٢]، وكذلك الوقف في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

وفي قول أبي حنيفة لا يلزم الوقف إلا أن يكون وصيّة، أو مضافا إلى ما بعد الموت، أو يقول: "في حياتي وبعد مماتي"، أو يتصل به قضاء القاضي. وهي معروفة في الأصل [٣].

---

(١) انظر رد المحتار ٣/ ٣٦٠، ٣٦٩.

(٢) يتحقّق الوقف عند الإمام أبي يوسف بمجرد القول، لأنه بمنزلة الإعتاق عنده، وقال محمد لايتحقق الوقف إلا بأربعة شروط، فصّله الحصكفي وابن عابدين، ويتلخّص فيما يلي:
١- أن يكون الواقف حرا مالكا، فلا يصح وقف العبد، ولايصحّ وقف مال الغير، ولا يصح وقف الغاصب المغصوب، إذ لابد في الواقف أن يكون مالكا له وقت الوقف ملكا باتّا، ولو بسبب فاسد. ٢- أن يكون الواقف عاقلا، فلا يصحّ وقف المجنون. ٣- أن يكون الواقف بالغا، فلا يصح وقف الصبي سواء كان مميزا أم غير مميز. ٤- أن يكون رشيدا غير محجور عليه بسفه أو فلس أو غفلة، ولو بالوليّ. راجع «بدائع الصنائع» ٦/ ٢١٩، «رد المحتار» ٣/ ٣٥٩، ٣٦٠.

(٣) الوقف جائز غير لازم عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما الوقف جائز لازم، وعليه الفتوى. يرجع للتفصيل رد المحتار ٣/ ٣٥٨.

وجمع في الباب بين تصرف المسلم، والذمي، والمرتد، وكل ذلك على وجوه ثلاثة: إما أن يكون في الصحة، أو في المرض، أو مضافا إلى ما بعد الموت[1].

وبدأ الباب بالمسلم فقال رحمه الله: مسلم جعل داره مسجدا في صحته جاز، ولو مات لا تورث عنه، أما الجواز لقوله تعالى: ﴿إنما يعمر مساجد الله﴾[2] الآية، الله تعالى حثّنا على عمارة المساجد فاقتضى جوازه وإذا تمّ لا يكون له أن يوصى[3].

وإن مات لا يورث عنه، لأنه تحرّر عن حقوق العباد، قال الله تعالى: ﴿وأن المساجد لله﴾[4]، أضاف المساجد إلى ذاته المتعالية، مع أن سائر الأشياء له، فاقتضى ذلك انقطاع حق العباد عنه، ألا ترى أن "الكعبة" لما جعلت بيتا لله تعالى خرجت من أن تكون محلا لحق العباد، فكذلك [سائر][5] المساجد.

ولهذا لا يصح شرط الخيار في المسجد بخلاف الوقف على قول أبي حنيفة، لأن الوقف: "حبس العين على ملكه، والتبرع بالمنفعة"[6]، لأن لفظ الوقف يُنبئ عن

---

(١) نقل قاضي خان في "فتاواه" عن الإمام أبي بكر محمد بن الفضل أن الوقف على ثلاثة أوجه: إمّا أن يكون في الصحّة، أو في حالة المرض، أو وقف بعد الموت. انظر (فتاوى قاضي خان ٤/ ٧٢٦)

(٢) ﴿إنما يعمر مساجد الله مَن آمن بالله واليوم الآخر﴾ سورة التوبة، الآية: ١٨.

(٣) قوله: "وإذا تمّ لا يكون له أن يوصى" ساقط من نسخة (ج).

(٤) تمام الآية: ﴿وأَنَّ المسَاجِدَ لله فَلا تَدعُو معَ اللهِ أحَدًا﴾ سورة الجن، الآية: ١٨.

(٥) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج).

(٦) كذا عرّفه الحصكفي وزاد فقال في تعريفه: «هو لغة الحبس، وشرعا حبس العين على حكم ملك الواقف والتصدق بالمنفعة، ولو في الجملة». انظر الدر المختار مع رد المحتار ٣/ ٣٥٧.

الحبس[1]، يقال: "أوقف الدابة" إذا أمسكها على مكانها، بخلاف المسجد، إلا أن عند محمد[2] لا يتم المسجد ما لم يصل الناس فيه بجماعة، وعند أبي يوسف إذا بناه على هيئة المسجد، وأذن للناس بالصلاة[3] فيه، وأبانه عن أملاكه يصير مسجدا وإن لم يصل فيه[4].

وعن أبي حنيفة فيه روايتان: روى الحسن عنه أنه لا يصير مسجدا ما لم يصل فيه بجماعة، وفي رواية إذا صلى فيه واحد يصير مسجدا.

فإن خرب ما حول المسجد، وأستغنى النأس عنه يعود إلى ملك الباني، أو ملك[5] وارثه عند محمد[6]، وعند أبي يوسف لا يعود.

---

(١) قال المطرّزى فى "المغرب": وقفه: حبَسه وقفًا، ومنه: وقف دارَه أو أرضه على ولده، لأنه حَبسُ الملك عليه، وقيل للموقوف: وقف تسمية بالمصدر. (المغرب فى ترتيب المعرب للإمام اللغوى أبى الفتح ناصر الدين المطرّزى ٢/ ٣٦٦)

(٢) فى "الهداية" وعن محمد: أنه يشترط الصلاة بالجماعة لأن المسجد بنى لذلك فى الغالب. كتاب الوقف ٢/ ٦٢٤، وانظر رد المحتار ٣/ ٣٦٩، ٣٧٠.

(٣) بالصلاة ساقط من (ج) جاء فى العبارة فى (ج).

(٤) ولا يشترط الصلاة عند أبى يوسف لصيرورته مسجدًا، بل يكفى مجرد الإبانة عن ملكه، لأن التسليم (بالصلاة) عنده ليس بشرط؛ لأن الوقف إسقاط ملك العبد فيصير خالصًا لله تعالى بسقوط حق العبد. الهداية: كتاب الوقف ٢/ ٦٢٤، فتح القدير والعناية ٥/ ٦٢، فتاوى قاضى خان: كتاب الوقف ٤/ ٧١١، رد المحتار ٣/ ٣٦٩، ٣٧٠.

(٥) ملك ساقط من (ج).

(٦) وعند محمد يعود إلى ملك البانى أو إلى وارثه بعد موته؛ لأنه عيّنه لنوع قربة وقد انقطعت،

واختلف المشايخ في قول أبي حنيفة: منهم من ذكر قوله مع محمد، ومنهم من ذكر قوله مع أبي يوسف.

لأبي يوسف أنه تحرر عن حقوق العباد، وصار لله خالصا فلا يعود إلى المالك، كما لو أعتق عبده، ولأنه لما صار مسجدا تعلق به حق العامة، فاستغناء البعضِ لايعيده إلى المالك.

لمحمد أنه أزال ملكه إلى الله تعالى لجهة مقصودة، فإذا انقطعت تلك الجهة يعود إلى ملكه، كالمحصر إذا بعث بالهدي، ثم زال الإحصار قبل الذبح فإنه يعود إلى ملكه، يصنع به ما يشاء.

وكذا لو بسَط حصيرا، أو حشيشا في المسجد، أو علق قنديلا، ثم استغنى النأس عنه، فإنه يعود إلى ملكه[1].

وكذا لو كفن ميتا ثم افترسه سبع يعود إلى ملكه.

وأبو يوسف يقول: بأن الهدي لم يزل عن ملكه، بل يذبح على ملكه حين يذبح، وكذلك الكفن لم يخرج عن ملكه، وإنما تبرع بالمنفعة. وأما الحشيش، والقنديل، والحصير[2] لا يعود إلى ملكه بل يحول إلى مسجد آخر، أو يباع، ويصرف عنه إلى مصالح المسجد.

وعند أبي يوسف يبقى مسجداً لأنه إسقاط منه فلا يعود إلى ملكه. (الهداية: كتاب الوقف ٥/ ٦٤، فتح القدير ٥/ ٦٤، العناية ٥/ ٦٤.

(١) انظر فتوى قاضي خان ٥/ ٧١٣، طبعة نولكشور.

(٢) والحصير ساقط من (ج).

هذا إذا جعل داره مسجدا في صحته، فإن جعل في مرضه، إن كان يخرج من ثلث ماله فكذلك؛ لأن ثلث ماله خالص حقه، قال عليه الصلاة والسلام: «إن اللهَ تعالى تصدّقَ عليكم بثلثِ أموالكم، في آخر أعماركم، زيادةً على أعمالكم»[١].

وإن لم يخرج من الثلث، وأجازت الورثة فكذلك؛ لان المانع حق الورثة، وقد زال، وإن كان لا يخرج من الثلث، ولم تجز الورثة يكون ميراثا عنه، ولا يكون مسجدا، لأن حق الورثة بقي في الثلثين، ومع بقاء حق الورثة[٢] لا يخلص لله تعالى؛ لأن ما من موضع يصلى فيه إلا ولهم حق المنع من الصلاة، وعن هذا قلنا إذا جعل السفل مسجدا دون العلو[٣]، أو العلو دون السفل، أو جعل وسطَ داره مسجدا، وأذن بالصلاة فيه، أو

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه من حديث أبي هريرة بلفظ: قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله تصدّقَ عليكم عند وفاتكم، بثلثِ أموالكم، زيادةً لكم في أعمالكم»، كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث، الحديث: ٢٧٠٩، والحديث حسن لشواهده، أخرجه البيهقي ٦/ ٢٦٩، والبزار في مسنده، كلهم من حديث أبي هريرة، وأخرجه أحمد في مسند القبائل من حديث أبي الدرداء، الحديث: ٢٦٢١٠، ج٦/ ٤٤٠، وأخرجه الدارقطني في سننه من حديث معاذ بن جبل ص ٤٨٨، وكذلك الطبراني في معجمه، كما أخرجه الطبراني من حديث خالد بن عبيد أيضا، كما في نصب الراية ٤/ ٤٠٠.

(٢) الورثة ساقط من (ج).

(٣) وروى الحسن عنه (أبى حنيفة) أنه قال: إذا جعل السفل مسجدًا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد؛ لأن المسجد مما يتأبّد، وذلك يتحقق فى السفل دون العلو، وعن محمد على عكس هذا، وعن أبى يوسف أنه جوّز فى الوجهين حين قدم بغداد، ورأى ضيق المنازل فكأنه اعتبر الصرورة، وعن محمد أنه حين دخل الرأى أجاز ذلك كلّه لما قلنا. (الهداية ٢/ ٦٢٤ كتاب الوقف، فتح

جعل مسجدا تحته سِرْداب[1]، لا يصير مسجدا[2].

قال: أرأيت لو صار الثلث مسجدا دون الثلثين، واحتيج[3] إلى المهاياة[4] يكون[5] مسجدا يوما، ويومين إصطبلا، وذلك قبيح. أرأيت لو جعل الكل مسجدا ثم استحق منه[6] جزء من ألف جزء، أما كان يخرج الباقي من أن يكون مسجدا.

فرق بينه وبين المريض إذا وهب داره، وليس له مال غيرها، ولم تجز الورثة فإنه تجوز الهبة في الثلث، وتنقض في الثلثين[7]، ولو أستحق جزء من ألف جزء تبطل الهبة في

القدير ٥/ ٦٣، العناية ٥/ ٦٣.

(١) السِرداب: المكان الضيّق يُدخل فيه، والجمع: سَرَاديب. «المصباح المنير» ص ٢٧٣.

(٢) قال المرغيناني: ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس. «الهداية» ٢/ ٦٢٤.

(٣) كذا في الأصل، وفي (ج): واحتجّ، وهو خطأ.

(٤) "المهايأة"، وتجوز قراءتها المهاياة، بتبديل الهمزة ألفًا، وهي عبارة عن تقسيم المنافع، كإعطاء العقار على انتفاع أحد الشريكين سنة، ولآخر كذلك، قال السيد الجرجاني: "هي قسمة المنافع على التعاقب والتناوب"، وجاء في المجلة: المهايأة: عبارة عن قسمة المنافع. المادة: ١١٧٤. انظر: «التعريفات» ص ٣٠٣، مجموعة قواعد الفقه ص٥١٦. ويرجع لتفصيل أحكام المهاياة إلى «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ١٠/ ١٩١.

(٥) وفي (ج): ويصير.

(٦) منه ساقط من (ج).

(٧) «فتح القدير» ٨/ ٤١٦.

الكل في فصل الهبة[1].

فرق بين الأستحقاق وبين النقض لحق الورثة: في الأستحقاق تبطل الهبة في الكل، وفي النقض لحق الورثة لا تبطل في الكل. وفي فصل المسجد سوّى بين الأستحقاق وبين النقض لحق الورثة، فقال: يبطل في الكل.

والفرق أن تصرفات المريض على نوعين: أحدهما يحتمل النقض بعد النفاذ، والآخر لا يحتمل، فما يحتمل النقض ينفذ في الحال ثم ينقض، وما لا يحتمل النقض يتوقف؛ لأن حال المريض[2] متردد بين أن يصح فينفذ تصرفه، وبين أن لا يصح[3] ويموت فينقض، ففيما يحتمل النقض نفذنا تصرفه؛ لأنه تصرف بحكم الملك، ولو ظهر تعلق حق الورثة يمكن التدارك بالنقض.

أما فيما لا يحتمل النقض لو نفذ في الحال، فإذا ظهر أن[4] تعلق حق الورثة كان متعلقًا به لا يمكن التدارك فتوقف، والهبة مما يحتمل النقض بعد النفاذ فينفذ في الكل، فإذا نقض بعد ذلك في الثلثين لحق الورثة كان شيوعا طارئا، وإنه لا يبطل الهبة في الباقي.

أما المسجد لا يحتمل النقض بعد النفاذ بمنزلة الإعتاق فتوقف تصرفه، فإذا نقض في البعض لحق الورثة كان شيوعا مقارنا قبل النفاذ، فلا يصير مسجدا كما في الأستحقاق.

(١) قوله: "فى فصل الهبة" ساقط من (ج).

(٢) "المريض" ساقط من (ج).

(٣) "أن لا يصح" ساقط من (ج) وهو سقط.

(٤) وفى (ج): "تعلق حق الورثة"، وهو خطأ.

وإن أوصى بأن يجعل داره مسجدا بعد موته، فهذا وما لو فعل ذلك[1] في مرضه سواء إن كان يخرج من الثلث، أو أجازت الورثة [يجعل كله مسجدا، وإلا يجعل ثلثه مسجدا][2].

ذمّي جعل داره بيعة، أو كنيسة، ، أو بيت نار في صحته، ثم مات تكون ميراثًا[3] عنه في قولهم.[4]

أما عند أبي يوسف ومحمد فلا،[5] لأن هذه معصية فلا يجوز تقريرها[6].

وأما عند أبي حنيفة فلا، لأنه ما زال عن ملكه، لأن إزالة الملك عن الجمادات لا إلى مالك باطل، لأنه تسييب[7]، وقال الله تعالى: ﴿ما جعل الله من بحيرة﴾[8] الآية، ولهذا لو قال: "أزلت ملكي عن هذه العين"، أو "برئت عن هذا العين" لا يبطل ملكه.

---

(١) ذلك ساقط من (ج).

(٢) العبارة في الأصل: "جعل الكل مسجدًا وإلا فلا" والمثبت من (ج ود).

(٣) وفي (ج): "تورث عنه".

(٤) انظر «ردّالمحتار» ٥/ ٤٤٥.

(٥) وفي (ج ود): "فلأن بعده".

(٦) انظر بدائع الصنائع ٧/ ٣٤١.

(٧) أي ترك ملكه لعبادة غير الله تعالى، فإن أصحاب البيَع والكنائس وبيوت النار هم مشركون، وفي "اللسان": سيّب الشيء: تركه، وسيّب الدابة أو الناقة أو الشيء تركه يسيب (يذهب) حيث يشاء ومنه السّائبة كما في قوله تعالى: ﴿ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة﴾ المائدة: ١٠٣. (انظر لسان العرب ٦/ ٤٥٠، ومختار الصحاح ص٣٢٤)

(٨) سورة المائدة، الآية: ١٠٣.

وإذا بطلت الإزالة إما أن يعود إلى الحالة الأولى، أو يصير بمنزلة الوقف[1]، وعلى أيّ حال كان يكون ميراثا عنه، وعندهما لا يورث الوقف إذا لم يكن فيه معصية، أما إذا كان فيه معصية فلا.

وهذا بخلاف المسجد، لأنه إزالة إلى الله تعالى مع أن المسجد لا يزول عن ملكه إلا بالصلاة فيه، فلأن لا يزول ههنا، وما يفعله الذمي ليس بصلاة كان أولى.

وإن أوصى الذمي بوصيّة فنقول: وصايا الذمي على أنواع:[2]

إن أوصى بشيء من المعاملات جاز عند الكل؛ لأنه في حق المعاملات بمنزلة المسلم[3]، وإن أوصى بما هو من جنس القرب، فهو على وجوه أربعة:

إن أوصى بما هو قربة عندنا وعندهم كالصدقات، وعتق الرقاب وأن تغزى[4] الترك والدَيلَم[5] من[6] ثلث ماله، وهو من الروم صحت الوصية[7]؛ لأنها وصية بما هو

---

(١) يعنى أن هذه الوصية بمنزلة الوقف، والمسلم لو جعل دارًا وقفًا ثم مات، صارت ميراثًا، كذا . (انظر بدائع الصنائع ٧/ ٣٤١)

(٢) انظر «ردّالمحتار» ٥/ ٤٤٥.

(٣) ذكر الفقهاء أن إسلام الموصى ليس بشرط لصحة الوصية، فتصحّ وصية الذمى بالمال للمسلم، والذمى فى الجملة، لأن الكفر لا ينافى أهلية التمليك، فكما يصح بيعه، تصح وصيته.

واستدل عليه الكاسانى بقوله عليه الصلاة والسلام: «فإذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين» وللمسلم أن يوصى مسلمًا أو ذميًا كذا لهم، وسواء أوصى لأهل ملته أو لغير أهل ملته لعموم الحديث. (انظر بدائع الصنائع ٧/ ٣٣٥ و٣٤١)

(٤) أغْزَاه: جَهَّزه للغَزْو، غَزَوتُ العدوَّ، ورجل غازٍ. (مختار الصحاح ص٤٧٤)

(٥) فى الأصل: الديالم. و"الدَيلَم": من قرى أصبهان بناحية خرجان، والنسبة إليها "ديلمَان" بلغة

قربة عندنا وعندهم، لو فعلها المسلم يصح، فكذا إذا فعلها الذمي[1].

والثاني: إذا أوصى بما هو معصية عند الكل، كالوصيّة للنائحة، والزانية والمغنية، إن أوصى بذلك لقوم بأعيانهم صحت، وإلا فلا[2]؛ لأنها معصية عند الكل، فكان المقصود الصلة بطريق التمليك، والتمليك من المعلوم صحيح[3]، ومن المجهول باطل[4]، لأنه لا تتم بدون القبول، والقبول من المجهول لا يتصور.

والثالث: إذا أوصى بما هو طاعة عندنا معصية عندهم، كالوصيّة ببناء المسجد، أو إسراج المسجد، أو الحج فكذلك، إن أوصى بذلك لقوم بأعيانهم يصح، وإلا فلا[5].

لأنها ليست بقربة في اعتقادهم، فكان مقصود الموصي التمليك، وبناء المسجد، وغير ذلك مشورة في ملك الغير.

الفرس. «معجم البلدان» ٢/ ٦١٤.

(٦) "من" ساقط في نسخة (ج).

(٧) انظر «ردّالمحتار» ٥/ ٤٤٥.

(١) لأن هذا مما يتقرّب به المسلمون وأهل الذمة. (انظر بدائع الصنائع ٧/ ٣٤١)

(٢) انظر «ردّالمحتار» ٥/ ٤٤٥.

(٣) وفي (ج): "يصح" مكان "صحيح".

(٤) وفي (ج ود): ومن المجهول لا، لأنه.

(٥) حكم الكاساني بإبطال هذه الوصية على الإطلاق، ولم يفصّل بين ما إذا أوصاها لقوم بأعيانهم أو لقوم بغير أعيانهم، وصنيع قاضي خان أولى، وهو اختيار ابن عابدين، فيصح تمليكا إذا كان لقوم بأعيانهم. انظر بدائع الصنائع ٧/ ٣٤١، «ردّالمحتار» ٥/ ٤٤٥.

وإن كانت لقوم بأعيانهم، وقبلوا ذلك، صحّ ذلك[1] ويصنعون به ما شاءوا، كما لو وهب لغيره شيئا، وقال: "وهبتك لتحجّ به" وما أشبه ذلك. وإن كانت لقوم بغير أعيانهم لا تصح[2].

والرابع: إذا أوصى بما هو معصية عندنا طاعة عندهم، كالوصيّة ببناء البيعة والكنيسة، وبيت النار، أو أوصى[3] أن يسرج به في البيعة أو الكنيسة، فإن كانت لقوم بأعيانهم صحت عندهم[4].

وإن كان لقوم[5] لا يحصون فكذلك في قول أبي حنيفة[6]، ولا يصح في قول صاحبين.

لهما: أن هذه معصية فلا يجوز تقريرها[7]، وتعذر جعلها تمليكا لجالتهم

---

(١) ذلك ساقط من (ج).

(٢) لأنهم لا يتقربون به فيما بينهم، فكان مستهزئًا في وصيته، والوصية يبطلها الهزل. (بدائع الصنائع ٧/ ٣٤١)

(٣) "أوصى" ساقط من (ج).

(٤) انظر «ردّالمحتار» ٥/ ٤٤٥.

(٥) وفي (ج) و(د): وإن كانوا لا يحصون.

(٦) وفي (ج) و (د): فكذلك عند أبي حنيفة.

(٧) كذا في الأصل، والعبارة في (ج ود): "وعندهما لا تصح، لأنها وصيّة بالمعصية فلا يجوز تقريرها".

فتبطل[١].

ولأبي حنيفة: أن الوصيّة أوسع بابا من غيرها، يتحمّل فيها ما لا يتحمل في غيرها، حتى لا يصح تمليك المعدوم إلا بطريق الوصيّة، فيجب تصحيحها بناء على اعتقادهم[٢]، كما لو أوصى للذمي[٣] بثلث ماله، وهو خمر أو خنزير، هذا كما قال أبو حنيفة: المسلم إذا وقف داره ثم مات تورث عنه[٤]، ولو كان الوقف موصى به لا تورث عنه[٥].

ثم سأل في الكتاب على نفسه سؤالا فقال: إذا أوصى بما يتقرب به إلى الله تعالى كيف [يصح][٦] ذلك منه، وهو يعتقد المسيح إلهاً، ثم أجاب عن هذا[٧] فقال: تبنى الأحكام على ما يظهرون لا على ما يضمرون، ألا ترى أنه لو ذبح، وسمّى تحل ذبيحته، ولو أظهر ما في اعتقاده، وسمّى المسيح لا تحلّ.

---

(١) لضابط عندهما فى ذلك أن الوصية بالمعاصى لا تصح. (انظر بدائع الصنائع ٧/ ٣٤١)

(٢) فالضابط عند الإمام أبى حنيفة رحمه الله أن المعتبر فى وصيتهم ما هو قُربة عندهم، لا ما هو قربة حقيقة، لأنهم ليسوا من أهل القربة الحقيقية، ولهذا لو أوصى بما هو قربة عندنا وليس بقربة عندهم لم تجز وصيته، كما سبق فى النوع الثالث، فدل أن المعتبر ما هو قربة عندهم، وقد وُجد، وقد أمرنا أن نتعرّض لهم فيما يدينون، كما لا نتعرّض لهم فى عبادة الصليب وبيع الخمر والخنزير فيما بينهم. (انظر بدائع الصنائع ٧/ ٣٤١)

(٣) فى (ج): أوصى لذمّى.

(٤) كذا فى "بدائع الصنائع ٧/ ٣٤١.

(٥) "عنه" ساقط من (ج).

(٦) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج).

(٧) "عن هذا" ساقط من (ج).

ولو أن رجلا دخل في بعض هذه الأهواء فأوصى بوصايا، فحكمه حكم المسلم، يجوز منه مّا يجوز من المسلم سواء كان هوى يُكفّر أهلها أولا.

أما إذا كان لا يكفّر فظاهر، وأما إذا كان هوى[١] يكفّر؛ لأنه يدعي الإسلام، وينتحل إلى ملة الإسلام، ولم يسمّ نفسه بغيره، فيعامل بظاهره كما نعاملهم في البياعات، والشهادات، والأنكحة، والصلاة عليهم، والدفن في مقابر المسلمين، ألا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعرف المنافقين، كما قال الله تعالى: ﴿وَلَتَعرِفَنَّهُم في لحنِ القَول﴾[٢]، ويُعاملهم بظاهر الإسلام، ويترك باطنهم إلى دار الآخرة.

ولو أن مسلما ارتدّ إلى النصرانية أو إلى اليهودية، فأوصى بوصايا قال: ما يجوز من المسلم، ومن أهل دينه الذي انتقل إليه يجوز منه، وما لا فلا[٣].

وعند أبي حنيفة إن أسلم يجوز منه ما يجوز من المسلم، و إن قتل على ردته، أو مات، أو لحق بدار الحرب، وقضي القاضي[٤] [بلحاقه][٥] بطل في الكل، بناءً على أن تصرفات المرتد نافذة عندهما، موقوفة عند أبي حنيفة[٦].

---

(١) "هوى" ساقط من (ج).

(٢) تمام الآية: ﴿ فلعرفتَهُم بسِيمَاهُم ولَتَعرِفَنَّهم في لَحنِ القَول ﴾، سورة محمد، الآية: ٣٠.

(٣) انظر: «الهداية» و«فتح القدير» ٨/ ٤٨٨، و«ردّالمحتار» ٥/ ٤٤٦.

(٤) "القاضي" ساقط من (ج).

(٥) "بلحاقه" زيادة من (ج).

(٦) وهذا ينبني على أن الأصل عند الإمام أبي حنيفة أن ملك المرتد يزول بنفس الردة زوالا موقوفا، وعندهما لايزول ملكه ما لم يقض القاضي بلحوقه بدار الحرب. فعلى هذا يتفرّع حكم تصرفات

فإذا توقّف ما باشره بنفسه في قول أبي حنيفة، فَلأن يتوقف الوصيّة، وإنها مضافة إلى ما بعد الموت كان أولى.

وعندهما إذا فعل شيئا يجوز من أهل دينه ينفذ، فكذا إذا أوصى به.

وأما المرتدة إذا أوصت بشيء قال محمد: وصيتها[1] جائزة إلا بما تقربت به إلى ربها في الدين الذي انتقلت إليه لقوم بغير أعيانهم، فإنه لا يحفظ عنه في ذلك شيئا،

وقياس قوله[2] أن تكون كالذمية، يجوزمنها ما يجوز من الذمية، وأماعندهما: فالصحيح أنها كالذمية[3]، ما لا يجوز من الذمية عندهما لا يجوز منها، لأن تصرفات المرتدة نافذة لا تردد فيها، ولا نصّ عنهما في وصيّتها بالخمر والخنزير.

والله أعلم بالصواب[4]

المرتد وعقوده عندهم. انظر «تأسيس النظر» للدبوسي ص ٤٩.

(١) وفي (ج) و(د): هي جائزة.

(٢) أي قول الإمام أبي حنيفة رحمه الله.

(٣) انظر: «العناية» و«فتح القدير» ٨/ ٤٨٨، و«ردّالمحتار» ٥/ ٤٤٦.

(٤) كذا في الأصل، وقوله: "والله أعلم بالصواب" ساقط من (ج).

باب من الكفارات في الحج إذا حجّ الرجل عن الرجل

الأصل فيه أن الدماء التي تجب في الحج أنواع أربعة[1]:

منها: ما يجب بطريق النُسْك[2] كدم المتعة، والقران.

ومنها: ما يجب جزاء ارتكاب المحظور، كقتل الصيد: وحلق الرأس، ولبس المخيط، والطيب، والطواف على غير وضوء.

ومنها: ما يجب بترك شيء من أفعال الحج، كرمي الجمار ونحوه.

ومنها: دم الإحصار[3].

---

(١) ذكر صاحب "العناية" ثلاثة أنواع للدماء: دم نسك: كدم القران والتمتع، ودم جناية: كجزاء صيد ونحوه، ودم مؤنة: كدم الإحصار، «العناية» للبابرتي، على هامش الهداية ٢/ ٣١٧، تبين بذلك أن تقسيم قاضي خان أوضح وأشمل.

(٢) أي: بطريق أمور الحج، و"النُسُك" بضمتين: اسم مصدر، أصله العبادة، " نسَك لله" ينسُك، تطوّع بقربة، ومنه قوله تعالى: ﴿إن صلاتي ونسكي لله﴾، ثم أطلق على أمور الحج، منسك ومناسك، وقد تسمّى الذبيحة نُسُكا، يقال: من فعل كذا فعليه نسْك، أي دم يريقه بمكة. «المغرب» ٢/ ٣٠٠، «المصباح المنير» ص٦٠٣، «طلبة الطلبة» ص٦٥.

(٣) الإحصار لغة: المنع مطلقا، يقال: حَصَره العدو، وأحصرَه المرض، أي منعه، وفي المغرب: الحَصر: المنع، ويقال: أحصِر الحاج: إذا منعه خوف أو مرض من الوصول لإتمام حجه أو عمرته.

وجميعها يجب على الحاج[1]، وهو المأمور إلا دم الإحصار، فإنه يكون على الآمر، وفي مال المحجوج عنه[2] في قول أبي حنيفة ومحمد[3].

وقال أبو يوسف: دم الإحصار يكون[4] على المأمور أيضا، أما دم المتعة والقران؛ فلأنه وجب على المتمتّع بالنص شكرا، والمتمتّع هو الفاعل حقيقة، وللآمر ثواب النفقة، ولهذا كان بدل الدم وهو الصوم علي المأمور[5]، فكذلك الأصل.

والإحصار شرعا: "منع الخوف أو المرض من وصول المحرِم إلى تمام حجته أو عمرته". انظر: «المغرب» ١/ ٢٠٧، «أنيس الفقهاء» ص١٤٣، «التعريفات» ص ٢٧ «طلبة الطلبة» ص ٧٩، و«فتح القدير» ٣/ ١٢٤.

(١) قال العتابي في أصل هذا الباب: إن دماء الحج كلها على المأمور، لأنه إما أن يجب شكرا أو زجرا، فالشكر على الحاج، لأنه هو الناسك، وكذلك ما يجب بطريق الزجر، لأن الجاني هو المأمور، إلا دم الإحصار لأن فيه خلاف. «شرح الزيادات» للعتّابي، مخطوط، ورق ١٢٨.

(٢) قوله: "وفي مال المحجوج عنه" ساقط من (ج) و (د).

(٣) والأصل فيه أن كل دم يجب على المأمور بالحج يكون على الحاجّ، لا فى مال الميت إلا دم الإحصار فى قول أبى حنيفة رحمه الله، فإنّ ذلك يكون فى مال الميت فى قول أبى حنيفة، وقال صاحباه: يكون على الحاجّ. فتاوى قاضى خان ١/ ١٤٤.
وفى "الهداية": "ودم الإحصار على الآمر، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: على الحاج لأنه وجب للتحلل، دفعًا لضرر امتداد الإحرام، وهذا الضرر راجع إليه، فيكون الدم عليه، ولهما أن الآمر هو الذى أدخله فى هذه العهدة فعليه خلاصه". انظر الهداية وفتح القدير ٢/٣١٦.

(٤) قوله: "دم الإحصار يكون" ساقط من (ج) و (د).

(٥) وفي (ج): عليه، بسقوط "المأمور".

وكـذا الواجب بالجناية على المأمـور، لأنه هو المرتفق والمرتكب لمحظور الإحـرام، وكذا مـا وجب بترك شيء من أفعال الحج؛ لأن الأفعال وجبت عليه بالتزامه فكذا ما يكون با.لا عنها.

والحاصل: أن كل دم يدخل فيه الصوم فهو على الحاج، ودم الإحصار لايدخل فيه الصوم، فهو على الآمر في قول أبي حنيفة ومحمد، خلافا لأبي يوسف[1].

وجه قوله: إن هذا دم شرع للتحليل عن الإحرام، فيكون على من يرتفق بالتحليل كدم الحلق والتطيب، ولأنه بدل عن الطواف، والطواف عليه فكذلك البدل.

ولهما: أن هذا دم شرع للخلاص عن عهدة الإحرام، وهو في الإحرام موافق أمر آمره غير مخالف[2]، فكان إخراجه على من أدخله في العهدة[3]، ولهذا كانت نفقته في الرجوع بعد ما أحصر على الآمر؛ لأنه عامل له في السفر، فكذلك هذا، كدم الإحصار[4].

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

رجل أمر رجلا بأن يحج عنه، أو أوصى بذلك، ومات، فاحجّوا عنه رجلا، فأحرم

---

(١) سقطت العبارة من قوله: "ودم الإحصار لايدخل فيه" في (ج) و (د).

(٢) "غير مخالف" ساقط من (ج) و (د).

(٣) علّل المرغيناني قول الطرفين بقوله: "ولهما أن الآمر هو الذى أدخله فى هذه العهدة، فعليه خلاصه". «الهداية» ١/ ٢٧٨.

(٤) قوله: "كدم الإحصار" ساقط من (ج) و (د).

المأمور، ثم أحصر بعدوّ أو مرض، فدم الإحصار في مال المحجوج عنه،[1] لما قلنا.

قوله: "أمر رجلا أن يحج عنه"، تاويله أنه كان عاجزا، أو كان الحج[2] نفلا، أما حَجّة الإسلام هو واجب لا يجوز فيه النيابة إلا عند العجز[3].

والجملة فيه أن العبادات ثلاثة أنواع[4]:

منها: بدنية لا تعلق لها بالمال كالصوم والصلاة، فلا تجري فيها النيابة بحال.

ومنها: ما يتعلق بالمال كالزكاة والصدقات، يجوز فيها النيابة على كل حال.

ومنها: ما يتادّى بالبدن، ولها تعلق بالمال أيضا كالحج، تجوز فيها النيابة عند العجز، ولا تجوز عند القدرة؛ لأن لها حظّا من الشّبهين، فكان حكمها بين حكمين.

هذا هو ظاهر مذهب أصحابنا[5]، فقد ذكر محمد رحمه الله فيمن يحج عن غيره

---

(١) كذا في الأصل، وفي (ج) و (د): "فالدم من مال الآمر".

(٢) "الحج" ساقط من (ج) و (د).

(٣) ذكر الحصكفي في شروط الحج عن الغير: "حج الفرض تقبل النيابة عند العجز فقط، بشرط دوام العجز إلى الموت، لأنه فرض العمر، حتى تلزم الإعادة بزوال العذر". انظر «الدر المختار» بهامش «ردّالمحتار» ٢/ ٢٣٨.

(٤) قال المرغيناني: العبادات أنواع: مالية محضة كالزكاة، وبدنية محضة كالصلاة، ومركبة منهما كالحج، والنيابة تجرى فى النوع الأول فى حالتى الاختيار والضرورة، ولا تجرى فى النوع الثانى بحال، وتجرى فى النوع الثالث عند العجز، ولا تجرى عند القدرة. (١/ ٢٧٦، وانظر فتح القدير ٢/ ٣٠٨، والعناية ٢/ ٣٠٨)

(٥) وفى "الهداية": ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه، وبذلك تشهد الأخبار الواردة

حجة الإسلام، جاز عن المحجوج عنه.

وذكر في موضع آخر: للمحجوج عنه(١) ثواب النفقة(٢).

في الباب. ١/ ٢٧٧، وانظر «ردّالمحتار» ٢/ ٢٤١.

(١) وفي (ج) و (د): "أنّ له ثواب النفقة".

(٢) اختلف الفقهاء في الحج عن الغير إلى رأيين، هل يقع الحج المفروض عن الآمر أو عن المأمور، فالراجح المختار في المذهب أنه يقع عن الآمر، كما تقدم في الشرح، وذكر المرغيناني رواية عن محمد رحمه الله أن الحج يقع عن الحاجّ، وللآمر ثواب النفقة، لأنه عبادة بدنية، وعند العجز أقيم الإنفاق مقامه، كالفدية فى باب الصوم. وقال ابن عابدين أنه ذهب إليه عامة المتأخرين. «الهداية» ١/ ١٨٣، «ردّالمحتار» ٢/ ٢٤١.

وذكر ابن الهمام هذا الخلاف، ثم قال في حق الرأي المرجوح: "وعليه جَمعٌ من المتأخرين: صدر الإسلام الإسبيجابي، وقاضي خان، حتى نسَب شيخُ الإسلام هذا لأصحابنا فقال: على قول أصحابنا: أصل الحج عن المأمور، ومختارُ شمس الأئمة السرخسي وجمعٌ من المحققين أنه يقع عن الآمر، وهو ظاهر المذهب، ويشهد بذلك الآثار من السنة ومن المذهب بعض الفروع". «فتح القدير» ٢/ ٣١١.

والملحوظ هنا أن ابن الهمام عَدّ الإمام قاضى خان ممن يقولون بوقوع الحج عن المأمور، وهذا ليس بصحيح، بل إنه يقول بالرأي الراجح القائل بوقوع الحج عن الآمر، فإنه نصّ في موضعين بتصحيح ذلك الرأي:

أولا: ما تقدم في كلامه أثناء الشرح: "هذا هو ظاهر مذهب أصحابنا". ص ٧٣٧.

وثانيا: صرّح به في "فتاواه" فقال في فصل الحج عن الميت: "إذا حُجّ عن الميت بأمره، هل يسقط الحج عن المحجوج عنه؟ اختلفوا فيه: قال بعضهم: لا يقع الحج عن المحجوج عنه، ويكون له ثواب النفقة لا غير، وقال بعضهم: يقع عن المحجوج عنه، وهو الصحيح؛ لأن الآثار تدل عليه،

فلو أن المأمور بالحج أحرم، ووقف بعرفة، ثم منعه سلطان أو غيره[1] عن الوقوف بمزدلفة، وعن رمي الجمار، وعن طواف الصدر، ومكّن من طواف الزيارة، كان عليه لترك الوقوف بمزدلفة دم، ولترك الرمي دم، ولترك طواف الصدر دم، وكل ذلك يكون على الحاج[2]، وهو المأمور[3]؛ لأنها وجبت بترك أفعال كانت عليه[4].

وكذا لو حلق رأسه وهو نائم، أو طيب وهو نائم، كان عليه الدم لحصول الارتفاق له.

ولا يقال بأن ترك طواف الصدر بعذر لا يوجب الدم، كالمرأة إذا تركت بعذر الحيض[5]؛ لأنا نقول: ذلك فيما إذا كان العذر سماويا لا من قبل العبد، أما إذا كان من قبل العبد، فأمره في رفع الإثم لا غير.

ولهذا يشترط النية عن المحجوج عنه، ويذكره الحاج فى التلبية فيقول: «اللهمّ إنى أريد الحج فيسّره لى وتقبله منى ومن فلان». انظر «فتاوى قاضي خان» ١/ ١٤٢.

وعلّق ابن عابدين على هذا الخلاف نقلا عن ابن نجيم قائلا: هو اختلاف لا ثمرة له، لأنهم اتفقوا أن الفرض يسقط عن الآمر، لا عن المأمور، وأنه لابدّ أن ينويه عن الآمر. «ردّالمحتار» ٢/ ٢٤١.

(١) قوله: "سلطان أو غيره" ساقط من (ج) و (د).

(٢) وفى "الهداية": وكذلك سائر دماء الكفارات على الحاج لما قلنا (من كونه هو الجانى بالاختيار). (٢/ ٣١٧، فتح القدير ٢/ ٣١٧، العناية ٢/ ٣١٧)

(٣) قوله: "وهو المأمور" ساقط من (ج) و (د).

(٤) ووجّه له العتابي بأن هذه الدماء عليه، لأنها دم جبر، والمناسك عليه بصفة الكمال، فما يجب لجبر النقصان يكون عليه أيضا. «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق ١٢٩.

(٥) سقط قوله "كالمرأة إذا تركت بعذر الحيض" من (ج) و (د) وفيه: "كما إذا حاضت".

ألا ترى أن المريض إذا صلى قاعدا ثم برأ، لا تلزمه الإعادة، والمقيّد إذا صلى قاعدا ثم رفع عنه القيد تلزمه الإعادة.

ألا ترى أن الحاج لو كان امرأة، فحجت عن امرأة، فجومعت مكرهةً قبل الوقوف يلزمها الدم، ويفسد حجّها حتى يلزمها القضاء، ولو جومعت بعد الوقوف يلزمها البَدَنة[1]، لما قلنا[2].

ولو مرض الحاج[3] فطاف بالبيت راكبا، أو محمولا، أو زحف للطواف زحفا، لم يكن عليه ولا على المحجوج عنه شيء، لأن الطاعة بحسب الطاقة، وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف على ناقته، وكان يستلم الأركان بمِحْجَنه[4] حين وثبت رجله[5]، فأستدللنا لجواز ذلك من المعذور.

---

(١) "البَدَنة" في اللغة من الإبل خاصة، ويقع على الذكر والأنثى، والجمع: البُدُن، وفي الشريعة البدنة من شيئين: من البقر والإبل، لأنها من البدانة، وهي الضخامة، من: بَدُن بدانة، رجل بادن، أي عظيم الجسم. فالبدنة: الناقة أو البقرة تنحر بمكة. «المغرب» ١/ ٦٢«طلبة الطلبة» ص ٨٠.

(٢) وفى "الهداية": أمّا إذا جامع بعد الوقوف لا يفسد حجه ولا يضمن النفقة لحصول مقصود الآمر وعليه الدم فى ماله لما بيّنّا (من أنه دم جناية وهو على الجانى). (٢/ ٣١٧، العناية ٢/ ٣١٧)

(٣) "الحاج" ساقط من (ج).

(٤) "المحجَن": عود معقوف الرأس يكون مع الراكب، يحرّك به راحلته، كالصَولَجان، وقال ابن دُريد: كل عود معطوف الرأس فهو محجن، والجمع: المحاجن. «المصباح المنير» ص١٢٣، «النهاية» ١/ ٣٤٧.

(٥) أخرجه الأئمة الستة إلا الترمذى، من حديث ابن عباس، ولفظهم "على راحلته" بدلا: "على

وكذا لو أغمي عليه، فأوقفوه بعرفة، ورمى عنه الجمار، أو رُمِي بذلك من كفه، وهو مغمى عليه، لم يكن[1] على واحد منهما شيئ؛[2] لأن فعل غيره في حالة العجز كفعله بنفسه، ولهذا لو مرض في وطنه، وحج عنه غيره بأمره جاز لما قلنا، فهذا أولى.

وهذا قول أصحابنا رحمهم الله؛ إنما الخلاف بينهم فيما إذا أغمي عليه قبل الإحرام فأحرم عنه أصحابه، عند أبي حنيفة يجوز، [وعندهما لا][3]، أما بعد الإحرام يجوز عندهم جميعا[4].

فإن قيل: لو جازت النيابة في هذا ينبغي أن يطوف عنه أصحابه، ويقفون عنه، ولا

ناقته" وعند أبي داود: "على بعير"، فأخرج أبودود عن ابن عباس رضي الله عنه: "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف في حَجّة الوَدَاع على بعير يستلم الركن بمحجَن. سنن أبي داود، كتاب المناسك، باب الطواف الواجب، الحديث: ١٨٧٧. وأخرجه البخاري في كتاب الحج، باب استلام الركن بالمحجن، الحديث: ١٦٠٧. وأخرجه مسلم في كتاب الحج، باب جواز الطواف على بعير وغيره، الحديث: ١٢٧٢. وأخرجه النسائي في كتاب المناسك، باب استلام الركن بالمحجن، الحديث: ٢٩٥٤. وأخرجه ابن ماجة في كتاب المناسك، باب من استلم الركن بمحجنه، الحديث: ٢٩٤٨. كما أخرجه أحمد في مسند بني هاشم، الحديث: ٢٠١٣.

(١) وفي (ج) و (د): "لا شيء".

(٢) لأن هذه الأفعال وقعت محرّما بها بصفة النقصان، وما فات من وصف الكمال فهو سنة، ودم الجبر واجب، فلايجب إلا بترك الواجب، كسجدة السهو في باب السهو. «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق ١٢٩.

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخ الأخرى.

(٤) "جميعا" ساقط من (ج).

يطاف به، ولا يوقف بعرفة.

قلنا: فعله بنفسه أكمل من فعل غيره، وإنما يصار إلى الناقص عند العجز عن الأكمل[1]، لا حالة العجز لا يلزمه الأكمل، فيجوز الناقص، وفي الوقوف والطواف لم يعجز عن الأكمل؛ لأنه إذا وقف بعرفة كان هو الواقف، وإذا طافوا به كان هو الطائف، كما لو طاف على دابته، بخلاف الرمي؛ لأن الرامي فيه غيره على كل حال.

ولو طاف وهو على غير وضوء، أو جنبا ولا يعلم به، يجب الدم على الحاج في ماله، لأنه دم جبر لنقصان تمكن فيه، فيكون على الحاج، وإنما قال: "لا يعلم به" ليبين أنه وإن لم يلحقه الإثم كان الدم عليه لما قلنا.

والله أعلم بالصواب

---

(١) وفي (ج) و (د): "الكامل".

باب من الوصايا بالبيع والثلث مع ذلك والرقبة

يسمى هذا الباب «باب العروس» لتزيين مسائله بحسن الولاء والترتيب، كتزيين العروس بألوان الثياب.

جمع في الباب بين فصلين:

الوصيّة ببيع ليس فيه محاباة[1]، والثاني[2]: الوصيّة ببيع فيه محاباة، وضمّ إلى كل فصل ثلاث مسائل: الوصيّة بالرقبة، والوصيّة بالمال، والوصيّة بثلث المال.

وبنى الباب على أصول ثلاثة[3]:

أحدها: أن الوصيّة متى بطلت فيما زاد على الثلث بردّ الورثة، عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله عليها تبطل استحقاقا[4]، ولا تبطل[5] ضربا، وعند أبي حنيفة تبطل

---

(١) حَابَاه، مُحَابَاة: سامَحَه، مأخوذ من "حبوتُه" إذا أعطيته، وحاباه: نصَره، واختصّه، ومال إليه، والحِباء: العطاء. والمحاباة في العقد هي المسامحة والمساهلة في البيع، والزيادة على القيمة في الشراء، وقال النسفي: المحاباة في البيع: حَطّ بعض الثمن، وهي مفاعلة من الحِباء، وهو العطاء. انظر: «القاموس المحيط» ص ١٦٤٢، «المصباح المنير» ص ١٢٠، المغرب ص١٧٩، مجموعة قواعد الفقه ص٤٦٩.

(٢) والثاني ساقط من (ج).

(٣) وفي (ج) و(د): على ثلاثة أصول.

(٤) ولا تبطل ساقط من (ج) و(د).

استحقاقا وضربا إلا في ثلاث مسائل : الوصيّة بالمحاباة، والوصيّة بالعتق، والوصيّة بألف مرسلة.

لهما : أن بطلان الوصيّة فيما زاد على الثلث لحق الورثة لدفع الضرر عنهم، والضرر في الأستحقاق دون الضرب، فلا تبطل فى[1] الضرب [ضرورة][2].

ولأبى حنيفة رحمه الله أن للضرب حكم الاستحقاق فإذا بطل الاستحقاق يبطل الضرب ضرورة[3].

والثاني : أن الوصيّة ببيع ليس فيه محاباة لا تتوقف على إجازة الورثة، وإن استغرقت المال، لأن تصرف الانسان في خالص حقه لا يتوقف على إجازة الغير، والوصيّة بالبيع صادفت حق الميت؛ لأن حق الورثة في معاني التركة لا في أعيانها، ولهذا لو باع المريض جميع ماله بمثل القيمة نفذ بيعه[4].

والثالث : أن الوصيّة بألفين إذا بطلت في شيء منه باستحقاق أو نحوه تبطل أصلا، وإن لم تبطل لكن تعذّر تنفيذها لفوات العين، فإن فاتت العين إلى بدل ينفذ في بدلها تنفيذا للوصيّة بقدر الإمكان.

---

(٥) ولا تبطل ضربا.

(١) فى ساقط من (ج).

(٢) ضرورة زيادة فى (ج).

(٣) سقطت هذه الفقرة كلها من (ج) و (د).

(٤) قال العتابي عند تأصيله للباب : أصل الباب أن تصرف المريض فيما هو خالص حقه نافذ، وفيما هو حق الورثة يتوقف على إجازتهم، وإذا تعدّدت قسّمت بين أرباب الوصايا بطريق المنازعة عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما بطريق العول والمضاربة. «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق ١٣٠.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله : رجل مات، وترك عبدا قيمته ألف درهم لا مال له غيره، وقد أوصى بأن يباع من فلان بألف درهم، وأوصى برقبته لآخر، وكانت الوصيّة بالرقبة قبل الوصيّة أو بعدها.

نقول: الوصيّة بالبيع لا تتوقف على إجازة الورثة، والوصيّة بالرقبة فيما زاد على الثلث تتوقف، فإن أبت الورثة أن يجيزوها، على قول أبي حنيفة يعطى للموصى له بالرقبة نصف سدس جزء من اثني عشر جزءاً من العبد، ويباع الباقي من الموصى له بالبيع بأحد عشر جزء من اثني عشر جزءا من الثمن[1]؛ لأنه كما مات الموصي، عملت[2] الوصيّة بالبيع؛ لأنها لا تتوقف على إجازة الورثة[3].

والوصيّة بالرقبة لا حكم لها فيما زاد على الثلث قبل الإجازة، فيتعلق حق الموصى له بالثلثين بلا مزاحمة، ويجعل في حقه كأن الميت أوصى للثاني بثلث الرقبة، فينصرف الى الثلث الشائع كما هو قضية الثلث المطلق، والنصف المطلق، وإنما تنصرف الوصيّة بالثلث المطلق إلى الثلث الذي هو خالص حق الميت تصحيحا لتصرفه، إذا لم يكن هناك وصيّة اخرى بالكل. تنفذ من غير إجازة، وههنا في صَرف وصيّته إلى الثلث الذي هو خالص حق الميت زيادة إبطال الوصيّة بالبيع، فينصرف إلى الثلث الشائع.

والعبد ثلثه حق الميت، وثلثاه حق الورثة، فالموصى له بالرقبة في الثلث الذي هو

---

(١) وفي (ج) من الثمن.

(٢) وفي (ا): جازت الوصية.

(٣) فصّل الإمام أبو الليث السمرقندي بعض مسائل هذا الباب محيلا ألى الزيادات في كتابه الشهير «مختلف الرواية» ٧/ ٣٣٥٤. تحقيق دكتور عبد الرحمن مبارك الفرج. رسالة دكتوراة، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

خالص حق الميت يضرب بثلث الثلث، والموصى له بالبيع يضرب بجميع الثلث، فصار هذا الثلث بينهما على أربعة.

وإذا صار ثلث العبد أربعة صار الكل على اثني عشر؛ يعطى للموصى له بالرقبة جزء من اثني عشر جزءا من العبد؛ ويتوقف استحقاق الزيادة على إجازة الموصى له بالبيع والورثة، ويباع الباقي من الموصى له بالبيع بأحد عشر جزءا من اثني عشر جزءا من الثمن؛ لأنه أوصى ببيع العبد بألف، فكان موصى ببيع كل جزء منه بقسطه من الثمن.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد يعطى للموصى له بالرقبة سدس العبد، ويباع خمسة أسداس العبد من الموصى له بالبيع بخمسة أسداس الثمن؛ لأن عندهما الموصى له بالرقبة إن كان لا يستحق الزيادة على الثلث قبل إجازة الورثة يستحق الضرب بذلك، لما ذكرنا أنه لا ضرر للورثة[1] في الضرب، وإذا ضرب بجميع العبد في الثلث، والموصى له بالبيع كذلك؛ صار الثلث بينهما نصفين، للموصى بالرقبة نصف الثلث، ويباع الباقي من الموصى له بالبيع بخمسة أسداس الثمن، ويكون الثمن للورثة؛ ولا يكون للموصى له بالرقبة شيء من الثمن في قولهم.

فرق بين هنا وبين ما إذا أوصى برقبة عبده لإنسان، فقتل العبد خطأ، ووجبت القيمة، كانت القيمة للموصى له بالرقبة[2]، وكذا لو بيع العبد الموصى برقبته لقضاء دين الميت، ثم أبرأ الغرماءُ الميتَ عن دَينهم، فإن الثمن يكون للموصى له بالرقبة[3].

والفرق أن في مسألة الباب حق الموصى له بالرقبة كان في عين العبد، وبقدر ما بيع

---

(١) وفي (ج): على الورثة.

(٢) بالرقبة ساقط من (ج).

(٣) بالرقبة ساقط من (ج).

أستحقه الموصى له بالبيع سابقا على البيع، فبطلت الوصيّة بالرقبة في ذلك القدر بحكم الأستحقاق كما لو أستحق كله، وقد ذكرنا أن الوصيّة متى بطلت لا تتحول إلى البدل بخلاف مسألة[1] القتل؛ لأن ثمّة القاتل ما أستحق عليه محل الوصيّة، بل القتل صادف ملك الموصى له، وفات محل حقه إلى بدل فكان البدل له.

وكذلك في مسألة الدين، صاحب دين الميت لم يستحق العبد؛ لأن حقه في ذمة الميت إلا أن الدين مقدم على الوصيّة مع قيام الوصيّة، فإذا سقط الدين بالإبراء، ووصيّته قائمة تنفذ في بدلها.

هذا إذا لم تجز الورثة الوصيّة بالرقبة، فإن اجازت الورثة والموصى له بالرقبة ولم يجز الموصى له بالبيع فكذلك، لأن الموصى له بالبيع كان يستحق بيع خمسة أسداس العبد عندهما.

وعند أبي حنيفة بيع[2] خمسة أسدأسه ونصف سدسه قبل إجازة الورثة فلا يتغير بإجازة الورثة، لأن إجازتهم تعمل في حقهم لا في حق غيرهم، فلا يتغير حقه إلا بإجازته؛ وإجازة الموصى له بالرقبة في ذلك لا تعتبر.

وإن أجازت الورثة الوصيّة بالرقبة، وأجاز الموصى له بالبيع الوصيّتين كان للموصى له بالرقبة نصف العبد، ويباع نصفه من الموصى له بالبيع بنصف الثمن؛ لأن الموصى له بالبيع لما أجاز الوصيّتين أبطل[3] حقه عن[4] نصف الرقبة، ولو أبطل حقه عن الكل يسلم

(١) "مسألة" ساقط من (ج).

(٢) بيع ساقط من (ج).

(٣) وفي (ج): بطل.

(٤) وفي نسخة (ا) في، وفي الأصل: عن، كما في نسخة (ج).

له كل العبد؛ فإذا أبطل عن[1] النصف يسلم له النصف، وإذا بيع النصف كان الثمن للورثة؛ لأن الموصى له بالبيع استحق عليه النصف، فبطلت وصيّته في النصف فلا تتحول إلى الثمن.

وإن أوصى بأن يباع عبده من فلان بألف درهم، وأوصى بجميع ماله لآخر، وأبت الورثة أن يجيزوا، يعطى للموصى له بالرقبة[2] ربع الثلث سهم من اثني عشر عند أبي حنيفة، ويباع الباقي من الموصى له بأحد عشر جزءا من اثني عشر جزءا من الثمن؛ لأن عنده الموصى له بالمال لا يضرب في الثلث إلا بالثلث، والموصى له بالبيع يضرب بالكل في الثلث على الوجه الذي ذكرنا في المسألة الأولى.

وعند محمد يعطى للموصى له بالمال سدس العبد، ويباع خمسة أسداس العبد من الموصى له بالبيع لأن عنده الموصى له بالمال في حكم الضرب بمنزلة الآخر، فيكون الثلث بينهما نصفين لأستوائهما في حكم الضرب، ثم يكمل حقه إلى تمام الثلث من الثمن، يعطى له سدس الثمن في قول محمد، وثلاثة أسهم من الثمن في قول أبي حنيفة.

فرق بين هذا وبين ما تقدم في الفصل الأول، لا يعطى له شيء من الثمن، وههنا يكمل حقه إلى تمام الثلث من الثمن.

والفرق أن فيما تقدم كان حقه في العهد لا في مال الآخر. ولا وجه أن يعطى من الثمن لكونه بدلا عن العبد، لأن الوصيّة بطلت في البعض بحكم الاستحقاق فلا تتحول إلى البدل، وههنا حقه في ثلث مال الميت والثمن مال الميت؛ كما أن العبد مال الميت، ولو ظهر للميت مال آخر كان له الثلث من ذلك المال فكذلك الثمن.

---

(١) "عن" ساقط من (ج).

(٢) وفي (ج): بالمال.

فإن أجازت الورثة، ولم يجز الموصى له بالبيع الوصيّتين، عند أبي حنيفة يعطى للموصى له بالمال ربع ثلث العبد وثمن الباقي، وعند محمد يعطى له نصف الثلث من العبد، وخمسة أسداس الثمن، وإجازة الورثة تعمل في حقهم، ولا تعمل في حق الموصى له بالبيع لما قلنا.

ولو أجازت الورثة، والموصى له بالبيع الوصيّتين يعطى للموصى له بالمال نصف العبد، ونصف ثمنه بالاتفاق لما قلنا.

ولو كان مكان الوصيّة بالمال الوصيّة بثلث المال والمسألة بحالها، فإن لم يجز الموصى له بالبيع، يعطى للموصى له بالثلث ربع الثلث من العبد سهم من اثني عشر، وثلاثة أسهم من الثمن في قول أبي حنيفة لما ذكرنا. وأما عند محمد فلأنه خالف أبا حنيفة فيما إذا كانت وصيّته بأكثر من الثلث، فقال: يضرب بجميع وصيّته، فأما إذا كانت وصيّته بقدر الثلث لا يضرب بأكثر من الثلث فكان جوابه كجواب أبي حنيفة.

ثم لا تعتبر إجازة الورثة في هذه المسألة، لأن الوصيّة بقدر الثلث لا تتوقف على إجازة الورثة، وإنما تعتبر إجازة الموصى له بالبيع.

فإن أجاز الموصى له بالبيع وصيّة الثاني، يعطى للموصى له بالثلث ربع الرقبة لحما ودما ثلاثة من اثني عشر، ويباع الباقي من الموصى له بالبيع بثلاثة أرباع الثمن، ويعطى للموصى له بالثلث ما بقي إلى تمام الثلث، وهو سهم من اثني عشر من الثمن؛ لأن الموصى له بالثلث عند إجازة الموصى له بالبيع يضرب بالثلث، والموصى له بالبيع يضرب بجميع الرقبة ثلاثة أسهم، فيصير العبد بينهما على أربعة يعطى للموصى له بالثلث ربع العبد، ويباع الباقي من الموصى له بالبيع بثلاثة أرباع الثمن، ثم يكمل حق الآخر في الثلث، فيعطى له سهم من اثني عشر سهما من الثمن.

وعند أبي يوسف في هذه المسألة، والمسألة التي قبلها يباع كل العبد من الموصى له بالبيع، ويعطى حق الآخر من الثمن لا من عين العبد، بخلاف الموصى له بالرقبة لما نذكر بعد هذا.

وأما الفصل الثاني: وهو ما إذا أوصى ببيع فيه محاباة:

صورته: إذا أوصى بأن يباع عبده من فلان بمائة، وقيمته ألف لا مال له غير العبد، فهذه على وجوه ثلاثة:

أحدها إذا أوصى برقبة العبد لآخر، أو بجميع ماله، أو بثلث ماله.

أما في الوجه الأول: وهو ما إذا أوصى برقبة العبد لآخر، فإن لم يجز الموصى له بالبيع وصيّة الآخر، ففي قياس قول أبي حنيفة يعطى للموصى له بالرقبة ربع ثلث العبد سهم من اثني عشر، ويباع الباقي منه بثلثي الثمن، وهو ثمانية أسهم من اثني عشر سهما، أما يعطى للموصى له بالرقبة[1] سهم من اثني عشر سهما من العبد؛ لما ذكرنا في المسائل المتقدمة أن الموصى له بالبيع في الوصيّة بالبيع يضرب بجميع العبد. وكذلك في المحاباة يضرب بجميع وصيّته عند الكل، وإن كان لا يستحق عند رد الورثة إلا ثلثها.

وإنما يباع الباقي بثلثي الثمن؛ لأنه حابى بأكثر من الثلث؛ لأنه أمر ببيع العبد بمائة، والمائة عُشر قيمته، فكانت المحاباة بتسعة أعشار قيمته والمحاباة وصية؛ فإذا لم تجز الورثة لا تنفذ إلا بقدر الثلث، لأن في الزيادة إبطال حق الورثة؛ وثلث اثني عشر أربعة، إلا أن الموصى له بالرقبة استحق عليه ربع الثلث، والمحاباة وصية في ضمن البيع، فإذا بطلت وصيته في ربع الثلث من العبد بطل من المحاباة بقدر ذلك، وبقي حقه في ثلاثة أسهم، فيحط عنه ثلاثة أسهم من الثمن، ويباع الباقي من العبد بثلثي الثمن، وذلك ثمانية من اثني

(١) "بالرقبة" ساقط من (ج).

عشر، ويكون ذلك للورثة لما مرّ.

وعند أبي يوسف ومحمد يعطى للموصى له بالرقبة سدس العبد، ويباع خمسة أسداس العبد من الموصى له[1] بالبيع بثلثي الثمن، وذلك أربعة من ستة، ويكون ذلك للوثة، فيكون الثلث بين صاحبي الوصية نصفين؛ لأن عندهما كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته في الثلث.

ولو أوصى بأن يباع العبد من فلان بمائة درهم، و أوصى بجميع ماله لآخر، وأبت الورثة أن يجيزوا، عند أبي حنيفة يعطى للموصى له بالمال ربع ثلث العبد سهم من اثني عشر، ويباع الباقي من الموصى له بالبيع بمائتي سهم، وثلاثة وثمانين سهما، وربع سهم من أربعمائة سهم، وسبعة عشر سهما من قيمة العبد، فيكون للورثة من ذلك مائتا سهم، وثمانية وسبعون سهما، ويكون للموصى له بالمال خمسة أسهم، وربع سهم تمام وصيته.

أما يعطى للموصى له بالمال سهم من اثني عشر سهما من العبد لما عرف أنه الموصى له بالبيع يضرب في الثلث لجميع العبد والموصى له بالمال يضرب[2] بثلث شائع على الوجه الذي قلنا، فيعطى له سهم من اثني عشر سهما من العبد، وبطلت وصية الآخر في ذلك، يبقى أحد عشر سهما، وقد اوصى بأن يباع الباقي منه بعشرة؛ لأنه لما أوصى بأن يباع العبد بمائة، والمائة عُشر العبد، فقد أوصى بأن يباع كل جزء منه بعشرة، وليس لما بقي من العبد وذلك أحد عشر عُشر صحيح، فضربنا أصل المسألة[3]، وهو اثني عشر في مخرج العشر، وذلك عشرة، فصار مائة وعشرين.

---

(١) وفي الأصل: فيصير.

(٢) قوله من: أن الموصى له بالبيع إلى: بالمال يضرب.

(٣) "المسألة" زيادة من (ج).

أعطينا للموصى له بالمال ربع الثلث عشرة، بقي مائة وعشرة، وقد أوصى بأن يباع هذا بعشرة، وعشر ذلك أحد عشر، فكانت وصيته بتسعة وتسعين، ووصية الآخر في ثلث كامل، وذلك أربعون؛ لأن قدر ما لا يسلم له من عين العبد يعطى إلى تمام الثلث من الثمن، لأن الثمن والعبد مال الميت، وحقه في ثلث مال الميت[1]، فإذا جعلنا العبد مائة وعشرين كان ثلثه أربعين، فوصية أحدهما أربعون، و وصية الآخر بتسعة وتسعين، فكان جملة سهام الوصايا مائة وتسعة وثلاثين، اجعل هذا ثلث المال، وللورثة ضعف ذلك، فيكون أربعمائة وسبعة عشر.

أعطينا للموصى له بالمال من عين العبد ربع الثلث، وذلك أربعة وثلاثون، وثلاثة أرباع بقي من حقه إلى تمام الأربعين خمسة وربع، وبقي من العبد بعد ما أعطينا ربع الثلث ثلثمائة واثنان وثمانون سهما، وربع سهم يحطّ عن الموصى له بالبيع قدر وصيته من الثمن، وذلك تسعة وتسعون، يبقى من ثمن العبد مائتان وثلاثة وثمانون سهما، وربع سهم، ويباع منه مابقي من العبد بمائتين وثلاثة وثمانين سهما، وربع سهم من أربعمائة سهم، وسبعة عشر سهما.

فيعطى للموصى له بالمال من الثمن خمسة وربع تكميلا لحقه، ويسلم للورثة ثلثا الثمن، وذلك مائتان وثمانية وسبعون سهما من أربعمائة سهم وسبعة عشر، وسلم الثلث للموصى لهما أربعون سهما، للموصى له بالمال أربعة وثلاثون سهما من عين العبد، وخمسة وربع من الثمن، وحط عن الموصى له بالبيع تسعة وتسعون، فاستقام الثلث والثلثان.

وإنما يباع ما بقي من العبد بعد ما أعطينا منه ربع الثلث بالزيادة على ثلثي الثمن،

---

(١) كلمة "الميت" زيادة من (ج).

وفرقنا بينه وبين ما إذا أوصى بالبيع بمائة وبالرقبة لآخر؛ فإن ثمّة يعطى للموصى له بالرقبة ربع الثلث، ويباع الباقي من الموصى له بالبيع بثلثي الثمن لا بالزيادة، وهنا يباع بأكثر من الثلثين، لأن ثمة حق الموصى له بالرقبة في عين العبد، فإذا أعطينا له ربع الثلث من العبد بطلت وصيته فيما زاد على ذلك أصلا.

أما هنا حق الموصى له بالمال في عين العبد وثمنه أيضا، فإذا أعطينا له ربع الثلث من عين العبد يكمل حقه إلى تمام الثلث من الثمن، فلهذا ضمّنا ما بقي من حقه الى ثلثي المال[1]، وبعنا ما بقي من العبد بالزيادة على الثلثين، وهذا كله قول أبي حنيفة.

وعلى قول محمد يعطى للموصى له بالمال سدس العبد، ويباع خمسة أسداس العبد من الموصى له بالبيع بتسعة وعشرين سهما من اثنين وأربعين سهما من قيمة العبد، ويسلم للورثة ثمانية وعشرون سهما من ذلك، ووجهه أن الموصى له بالمال يضرب في الثلث بالجميع أيضا[2]، والموصى له بالبيع يضرب بالجميع أيضًا[3]، فيقسم الثلث بينهما نصفين، فكان للموصى له بالمال سدس العبد، بفي قيمة[4] خمسة أسداس العبد، وقد أوصى بأن يباع بعشرة؛ لأنه أوصى بأن يباع العبد بمائة، والمائة عشره، فكان موصي بأن يباع كل جزء منه بعشره، وليس لخمسة الأسداس عُشر صحيح.

فضربنا أصل المسألة، وهي ستة في عشرة، فتصير ستين؛ للموصى له بالمال سدس العبد، وهو عشرة، بقي خمسون، وقد أوصى بأن يباع بعشرة، وذلك خمسة، بقيت

---

(١) وجاء في (ج): إلى ثلثي الباقي.

(٢) "أيضًا" زيادة من (ج).

(٣) سقطت العبارة: "والموصى له بالبيع يضرب بالجميع أيضًا" من (ج).

(٤) "قيمة" ساقط من (ج).

وصيته بخمسة وأربعين، فهو يضرب بخمسة وأربعين[1] والموصى بالمال يضرب بكل العبد، وذلك ستون إلا أن بين خمسة وأربعين، وبين ستين موافقة بالثلث، فاختصرنا على الثلث، وجعلنا ثلث خمسة وأربعين، وذلك خمسة عشر سهما، فصارت خمسة وأربعين ثلاثة أسهم، وستين أربعة أسهم، فصار سهام الوصايا سبعة. اجعل هذا ثلث المال.

وإذا جعلنا ثلث المال سبعة صار جميع المال أحدا وعشرين، فجعلنا ثلث المال، وذلك سبعة بين الموصى لهما نصفين، فانكسر بالإنصاف، فضعفنا لزوال الكسر، فصار الثلث أربعة عشر، والكل اثنين وأربعين، أعطينا للموصى له بالمال نصف الثلث سبعة، بقي إلى تمام حقه سهم واحد، لأن حقه قبل التضعيف كان فى[2] أربعة، فبعد التضعيف يكون في ثمانية، ويحطّ عن الموصى له بالبيع قدر وصيته ستة؛ لأن حقه قبل التضعيف كان في ثلاثة، فبعده يكون في ستة، بقي من قيمة العبد العبد تسعة وعشرون، ويباع خمسة أسداس العبد بتسعة وعشرين، يعطى للموصى له من ذلك سهم واحد تمام حقه، ويسلم للورثة ثمانية وعشرون، وذلك ثلثا المال.

أو نقول: لما جعلنا العبد على ستة، وأعطينا سدساً للموصى له بالمال، بقي خمسة أسداس العبد، وقد أوصى بأن يباع هذا بعشره، فكانت وصيته بتسعة أعشار خمسة أسدأسه، وذلك أربعة ونصف، وحق الموصى له بالمال في كل العبد، وذلك ستة، فاجعل تفاوت ما بينهما، وذلك سهم ونصف بينهما، فصار أربعة ونصف ثلاثة أسهم، وستة أربعة أسهم، فصار سهام الوصايا سبعة، اجعل هذا ثلث المال، وإذا جعلنا ثلث المال سبعة، وقسّمنا السبعة بينهما تكسر بالإنصاف، فضعفنا فصار ثلث المال أربعة عشر،

---

(١) العبارة: "فهو يضرب بخمسة وأربعين" ساقطة من (ج).

(٢) "فى" ساقط من (ج).

والكل اثنين وأربعين، والتخريج إلى آخره.

وهذا إذا أوصى بالبيع على هذا الوجه، وبجميع ماله لآخر، فإن أوصى بالبيع بمائة، وأوصى بثلث ماله لآخر، والمسألة بحالها، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الجواب فيه كالجواب فيما إذا كانت وصية الآخر بجميع المال.

أما على قول أبي حنيفة فظ ـ؛ لأن الموصى له بالبيع يضرب في الثلث بالكل، والموصى له بالثلث لا يضرب إلا بالثلث، ومحمد وافقه في هذا الوجه؛ لأن الموصى له بالثلث يضرب بالثلث، والموصى له بالبيع يضرب بالكل، فكان جوابه كجواب أبي حنيفة.

أما على قول أبي يوسف إذا أوصى بالبيع بمائة، وأوصى بالمال أو بثلث المال لآخر يباع كل العبد من الموصى له بالبيع، ويوفى حق الآخر من الثمن إلا أن في هذا[1] الوجه الأول، وهو ما إذا أوصى ببيع العبد، وبجميع ماله لآخر، يباع العبد بثمانية وأربعين سهما، من[2] سبعة وخمسين سهما من قيمته؛ لأنه لما أوصى ببيع العبد بمائة فقد أوصى له بتسعمائة؛ لأنه لا محاباة في قدر العوض، ووصيته لآخر بجميع ماله، وهو ألف درهم، فاجعل كل مائة سهما، فصار الألف عشرة أسهم، و سعمائة تسعة أسهم، فيصير سهام الوصايا ثلث المال.

وإذا صار ثلث المال تسعة عشر كان كل المال سبعة وخمسين، يحطّ عن الموصى بالبيع قدر وصيته تسعة، ويباع العبد منه بثمانية وأربعين من سبعة وخمسين من قيمته، ويعطى للموصى له بالمال وصيته عشرة أسهم، بقي للورثة ثمانية وثلاثون.

---

(١) "هذا" ساقط من (ج).

(٢) "من" ساقط من (ج).

وفي المسألة الثانية : إذا أوصى بالبيع بمائة، ويثلث ماله لآخر، حق الموصى له بالبيع في تسعمائة، وحق الآخر في ثلث الألف ثلاث مائة وثلاثة وثلاثين وثلث، فاجعل كل ثلاثة وثلاثين وثلث سهم سهما، فيصير كل مائة ثلاثة أسهم، وثلث الألف عشرة، ويصير تسعمائة الألف سبعة وعشرين، فتصير سهام الوصايا سبعة وثلاثين، فيجعل هذا ثلث المال، وجميع المال مائة وأحد عشر، يحطّ عن الموصى له بالبيع سبعة وعشرون، ويباع العبد منه بأربعة وثمانين من مائة وأحد عشر من قيمته، يعطى من ذلك للموصى له بالثلث عشره، ويسلم للورثة أربعة وسبعون، وهذا ثلثا المال.

وجه قوله في هذه المسائل أن الموصى له بالمال، والموصى له بثلث المال شريك الوارث؛ لأنه كما يزداد حق الورثة بزيادة المال، ويقلّ بقلّته يزداد حق الموصى له بزيادة المال ويقلّ بقلته، ثم حق الورثة لا يمنع الوصية ببيع العبد[1]، وإنما يعتبر حقهم في المالية، فكذلك حق الموصى له بالمال، ويكون غرض الموصي إيصال عَين العبد إلى أحدهما، وماليته إلى الآخر، فلا تجوز الشركة بينهما، لأن الشركة في الأعيان عيب.

ولأبي حنيفة ومحمد أن حق الموصى له ثبت بإيجاب الموصى، وإيجابه تناول العين والمعنى جميعا، فلا يجوز إبطال حق أحدهما عن العين بخلاف الوارث، لأنه خَلَف عن الميت مطلقا، لا يثبت له ملك حادث، ولهذا يردّ بالعيب، ويردّ عليه، فإنما ينتقل إليه مال الميت بشرط الفراغ عن حاجة الميت، والإنسان قد يحتاج إلى نقل الأعيان وصورها إلى غيره، فلا يمتنع ذلك لحق الوارث.

ألا ترى أنه لو أوصى بعبده لإنسان، وهو يخرج من الثلث، كان العبد له،

(١) كذا ثبت في (ج)، وجاء في الأصل: "لا يمنع للعبد بالوصية" وما ثبت أولى.

ولايزاحمه الوارث، وإن كان حق[1] الوارث في ثلثي المال شائعا، وبمثله لو أوصى بعبده لإنسان، وهو سدس ماله، وبسدس ماله لآخر، فإن الموصى له بالسدس يزاحم الموصى له بالعبد في العبد؛ لأن حقه ثبت بإيجاب الموصى، وإيجابه يشمل العينَ والمالَ[2] جميعا، والله أعلم[3].

وروى بشر في الأمالي عن أبي يوسف : رجل أوصى بأن يباع عبده من فلان بألف درهم، وقيمته ألف درهم، وأوصى لآخر بثلث ماله، وأبت الورثة أن يجيزوا، قال: يباع العبد من الموصى له بألف، ويعطى للموصى له بالثلث ألف درهم.

وصورة المسألة: إذا ترك ألفي درهم سوى العبد حتى يكون ماله ثلاثة آلاف، أمّا يُباع كل العبد من الموصى له؛ لأن الوصية بالبيع إذا لم يكن فيه محاباة لاتتوقّف على إجازة الورثة، ويعطى للآخر ألف درهم، لأنه أوصى له بالثلث، وثلث ماله ألف، ولا يعطى له شيء من عين العبد لما عرف من مذهبه.

فإن وجد المشتري بالعبد عيبا، فردّه على الورثة، رجع بثلث الثمن على الموصى له، وبثلثي الثمن على الورثة؛ لأن البيع بحكم الوصية كبيع الموصى في حياته، ولو باع العبد في حياته، واقتسموا المال بينهم أثلاثا، ثم ردّ العبد بعيب، كان الثمن في مال الميت على هذه السهام كذلك ههنا.

ولو أوصى بأن يباع العبد من فلان بخمسمائة، وقيمته ألف، فلم تجز الورثة، يباع العبد من الموصى له بالبيع بستمائة وستة وستين وثلثي درهم؛ لأنه أوصى له بالمحاباة

(١) "حق" ساقط من (ج).

(٢) وفى الأصل: المعنى.

(٣) المثبت بين المعكوفتين من (ج).

بخمسمائة، وأوصى لآخر بألف درهم، وهذه وصية بأكثر من الثلث، فإذا لم تجز الورثة عادت إلى الثلث.

ويقسّم الثلث بينهما على قدر حقهما، وحق الموصى له بالثلث في ألف، وحق الموصى له بالبيع في خمسمائة، فيصير الثلث بينهما أثلاثا، لصاحب الثلث ثلثا الألف، ولصاحب البيع ثلث الألف، فيحط عن الموصى له بالبيع ستمائة وستة وستون وثلثا سهم[1]، فإن وجد المشتري بالعبد عيبا فردّه على الورثة، أمروا بدفع ثلث العبد إلى الموصى له بالثلث؛ لأن حقه كان في ألف، وإنما وصل إليه ثلثا الألف، ولم يصل إليه تمام الألف لمكان المزاحمة، فإذا بطلت الوصية بالبيع بردّ العبد زالت المزاحمة، فكمل حقه، ويعطى ثلث العبد.

وإن لم يوص بالثلث ولكن أوصى لرجل برقبة العبد، وأوصى لآخر ببيعه بألف درهم نفذت الوصيتان جميعا، لأنه ليس في تنفيذهما إبطال حق الورثة، فيقسم العبد بينهما نصفين؛ يعطى نصفه لصاحب الرقبة، ويباع النصف من الآخر بنصف الألف لاستوائهما. ولا يعطى للموصى له بالرقبة شيء من الثمن.

والله أعلم بالصواب

(١) وفي (ج): "درهم" بدل "سهم".

باب الوصية التي تكون لواحد ثم تصير لاثنين أو تصير وصيتين

بنى الباب على: أن الوصية بالعين تتعدّى إلى ما يحدث من الزوائد بعد موت الموصي قبل القسمة، وكذا الوصية بفعل يثبت ملك العين للموصى له نحوَ الوصية بالهبة، والصدقة.

والوصية بفعل لا يثبت ملك العين للموصى له نحوَ الوصية بالإعتاق، وما يجري مجراه لا تتعدّى إلى الزوائد.

أما الوصية بالعين فلأنها سبب لملك العين، فكما مات الموصي يملكها الموصى له، فما يحدث من الزوائد يحدث على ملكه، فيكون له[1].

وكذا الوصية بفعل يثبت ملك العين؛ لأنها تثبت ملك العين عند التنفيذ، وتنفيذ الوصية بقدر الثلث واجب، فكان موجبا حقا في العين قبل التنفيذ، والحقوق المتعلقة بالعين تتعدّى إلى أجزائه، وإلى ما يتولّد، كحق الكتابة والرهن والتدبير وغير ذلك، ولهذا لو هلك قبل القسمة إلى بدل تنفذ في بدلها.

أما الوصية بفعل لا يثبت الملك لا يثبت حقا في العين، إنما العين محلّ لإقامة الوصية، فقبل إقامة الفعل[2] كان المحل خاليًا[3] عن الحق، فلا يتعدّى إلى الزوائد،

(١) انظر «المبسوط» ٢٩/١٣، والبناية للعيني، ١٠/٤٦٩.

(٢) وفي (ج): فقبل الإقامة.

(٣) وفي (ج) والأصل: خلوًا، وما ثبت من(ا) وهوأصح.

ولهذا لو هلك العين قبل القسمة إلى بدل، لا يجب تنفيذ الوصية في بدلها.

والأصل[1] الثاني: أن الوصية بالمال إذا بنيت على الوصية بفعل مقصود كانت لوصية بالمال تبعا للوصية بالفعل، حتى لو بطلت الوصية الأولى بردّ الموصى له بطلت الثاني لفَوات ما ينبنى عليها، ويتعلق به غرض الموصي.

ثم الزوائد أقسام ثلاثة:

زيادة متولّدة من العين، منفصلة عنه، كالولد واللبن والثمر.

وزيادة غير متولدة من العين، ولكنها بدل عن أجزاء العين، كالأرش والعقر،

وزيادة غير متولدة من العين، وليست ببدل عن العين، كالكسب والغلة.

والوصايا ثلاثة أنواع[2]:

نوع منها يدخل فيها الكل، وهي الوصية بعين يخرج[3] من ثلث ماله.

ونوع منها يدخل فيها الولد، وبدل الجزء، ولا يدخل الكسب والغلة.

ونوع منها لا يدخل فيها شيء من الزوائد.

أما الأول: إذا أوصى بجاريته لإنسان ثم مات، فولدت الجارية ولدا[4]، أو وطئت بشبهة، فوجب العقر، أو جني عليها ووجب الأرش، أو جنى عليها عبد ودفع بالجناية،

---

(١) الأصل ساقط من (ج).

(٢) راجع بدائع الصنائع ٧/ ٣٥٤.

(٣) يخرج ساقط من (ج).

(٤) انظر المبسوط للسرخسي ٢٩/ ١٣.

أو اكتسبت أكسابا بأن احتطبت أو احتشت، أو وهبت لها هبة، أو اغلت غلةً، إن كان يخرج الكل من ثلث ماله[1]، كان جميع ذلك للموصى له[2].

وإن كان لا يخرج الكل من الثلث، عند أبي حنيفة رحمه الله تنفذ الوصية أولا في الأصل ثم في الزيادة[3].

وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تنفذ الوصية[4] في الأصل والزيادة بقدر الثلث[5].

ومحمد رحمه الله لم يذكر هذه المسألة هنا، وإنما ذكرها في موضع آخر[6]؛ وإنما بدأ محمد البابَ بالوجه الثالث قال:

---

(١) وفى (ج): من الثلث.

(٢) «الهداية» مع «فتح القدير» ١٠/ ٤٩٢.

(٣) وجّه الفقيه أبو الليث السمرقندي لأبي حنيفة: بأن الحكم يثبت في الولد تبعا للأم، فلا يجوز إثبات الحكم في التبع على وجه يبطل الحكم في الأصل أو في نفسه. «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي، ٧/ ٣٣٣٠، تحقيق: دكتو عبد الرحمن مبارك الفرج، رسالة دكتوراة، وانظر: «المبسوط» ٢٩/ ١٣، و«البناية» ١٠/ ٤٦٩، و «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٨٥.

(٤) الوصية ساقط من (ج).

(٥) أي تنفذ الوصية من ذلك كله عند الصاحبين، ووجه قولهما أن الحادث بعد الوصية قبل القبض، كالموجود عند العقد، فصار كأنه أوصى بالكل. انظر «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي، ٧/ ٣٣٣٠، و«البناية» ١٠/ ٤٦٩، و «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٨٥، والمبسوط للسرخسى ٢٩/ ١٣.

(٦) ذكرها في كتاب البيوع، باب الهبة للعبد المبيع قبل القبض وبعده وفي الر... والهبة في المرض والوصية، ٢/ ٦٩٨، ٦٩٩ من هذا الكتاب

رجل أوصى أن تعتق جاريته هذه بعد موته بمال أو بغير مال، ثم مات الموصي. فولدت الجارية ولدا قبل الإعتاق، والجارية مع ولدها يخرجان من الثلث، قال: تعتق الجارية، ولا يعتق ولدها لوجوه:

أحدها: أن الوصية بالإعتاق وصية بما لا يثبت ملك العين، إنما المقصود ابتغاء مرضات الله بتخليصها عن ذلّ الرق، فلا يثبت فيها حكم قبل الإعتاق، ولهذا لو هلكت إلى بدل بأن قتلها عبد، ودفع بها لا تنفذ الوصية في البدل حتى لا يعتق العبد.

ولأن الوصية بالإعتاق وصية مجازاةً على حسن الخدمة، فلو نفذت الوصية[1] في الولد لم يكن ذلك تنفيذاً[2] لمن وقعت له الوصية؛ ولأنا لو أعتقنا الولد عن الميّت يلزم الميّت ولاؤه من غير التزامه، فإذا لم يكن الولد ظاهرا وقت الوصية لم يكن ملتزما ولاء الولد، فلا يجوز إلزام الولاء.

وكذا لو أوصى بأن يباع من فلان بكذا، أو أوصى بأن يباع من فلان نسمة، فهي والوصية بالإعتاق سواء؛ لأن البيع نسمة بيع ممن لا يريد الإعتاق.

وكذا الوصية ببيعها من رجل بعينه حق الجارية، يوصى ببيعها عند قلّة ماله ممن يحسن إليها أو يعتقها، فكانت هي والوصية بالإعتاق سواء، فلا يتعدى[3] إلى الأولاد، ولأنه لو بيع الولد إما أن يباع مع الأم[4] بألف أو بثمن على حدة، لا وجه إلى الأول؛ لأنه

---

(١) الوصية ساقط من (ج).

(٢) وفى (ج): مفيداً، وهو خطأ.

(٣) وفى (ج): فلا يسرى.

(٤) جاء فى (ا): مع الولد، وهو خطأ.

او بيع مع الأم بألف كان بيع الجارية بأقلّ من ألف، فلم يمكن تنفيذ الوصية، ولا وجه الثاني لأنه لو بيع بثمن على حدة يصير الولد مقصودا [بالبيع][1]، وهو لم يجعل الولد مقصودا في الوصية فلا يباع الولد.

ولهذا قتلها عبد، ودفع بها لا يباع العبد المدفوع؛ لأن هذه الوصية ما أوجبت حقا في المحل قبل البيع.

وكذا لو قطع عبد يدها، ودفع بها، أو وطئها رجل بالشبهة، ووجب العقر، لا يدخل الأرش والعقر[2] في الوصية، إلا أن في قطع اليد تباع الجارية من الموصى له بالبيع[3] بنصف الثمن إن شاء، لأنه فات نصفها، واحتبس عنده، فيباع الباقي بنصف الثمن.

وكذا لو وطئت وهي بكر، تحطّ حصة البكارة من الثمن، وتباع الجارية بما بقي، ولو كانت ثيبا لم ينقصها الوطء، لا يحط شيء من الثمن، لأنه ما احتبس عنده شيء يقابله الثمن.

وكذا لو ذهبت عينها أو يدها بآفة سماوية، تباع بجميع الثمن إن شاء المشتري، لأن أطراف الحيوان إذا لم تصر مقصودة بالإتلاف لا يقابلها شيء من الثمن.

فرق بين الجارية التي أوصى بعتقها، وبين ولد المكاتبة، والمدبرة، وأم الولد.

في الكتابة والتدبير والاستيلاء يحدث الولد على صفة الأم، وفي الوصية بالإعتاق

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج).

(٢) قوله: "لا يدخل الأرش والعقر" ساقط من (ج) وثبوته أصح.

(٣) "بالبيع" ساقط من (ج).

لا يحدث.

والفرق ما قلنا إن الوصية بالإعتاق لا أثر لها في المحل قبل الإعتاق، فلا تتعدّى إلى الأولاد، وفي تلك المسائل ظهر أثرها في المحل بثبوت حرية اليد فتتعدّى إلى أولادها.

والدليل على أن الوصية بالعتق وبيعها نسمة ونحوهما لا يوجب حقا في العين أن سهام الوصية والميراث إذا لم تخرج من ثلث ماله[1] يعتبر من السعاية حتى لو كانت قيمة الجارية أكثر من ثلث ماله يعتق كلها، وسقط عنها السعاية[2] بقدر الثلث، ويلزمها السعاية في الباقي، وفي بيع النسمة تعتبر سهام الوصية من الثمن، وفي الوصية بالكتابة يحطّ قدر الثلث من بدل الكتابة، ويكاتب بما بقي.

ولو كانت هذه الوصايا موجبة حقا في العين تعتبر الثلث والثلثان من عين الجارية، كما لو أوصى بجاريته لإنسان، وهي لا تخرج من الثلث، فإنه تنفذ الوصية في ثلثها، ويعتبر الثلث والثلثان من عين الجارية، ولهذا لو ردّت الجارية الوصيةَ أو ردّ الموصى له بالبيع، تبطل الوصية، ولو كانت موجبة حق الحرية لا تبطل بالرد[3].

وأما الوجه الثاني: إذا أوصى بأن توهب جاريته من فلان، أو يتصدق بها على فلان، أو يتصدق بها[4] على المساكين، ومات الموصي، ثم ولدت الجارية ولداً[5]، وهي

---

(١) وفي (ج): من الثلث.

(٢) العبارة من قوله: حتى لو كانت إلى آخرها ساقطة من (ج).

(٣) بالردّ ساقط من (ج).

(٤) قوله: أو يتصدق بها ساقط من (ج).

(٥) قوله: "الجارية ولداً" ساقط من (ج).

وولدها يخرجان من الثلث، تنفذ الوصية فيهما.

وكذا الأرش والعقر والعبد المدفوع بالجناية؛ لأنها وصية لو نفذها الموصي يملكها الموصى له في الحال.

فإذا أمر غيره بالتنفيذ ولم ينفذ بنفسه[1]، وتنفيذ الوصية بقدر الثلث مستحق بحيث لو امتنع الوارث أو الوصيّ يجبره القاضي، كانت الوصية سببا للملك، فيتعلق بها حق الموصى له قبل التنفيذ، وتراخى الملك إلى وقت التنفيذ، والحقوق المتعلقة بالعين تتعدّى إلى ما يتولّد منه، وإلى ما يكون بدلا عن أجزائه.

والدليل على أن هذه وصية بالعين أن سهام المواريث والوصية إذا لم تخرج الجارية من الثلث تعتبر من العين، وتنفذ الوصية في ثلثها ولا تنفذ فى الباقى[2]، وفيما تقدم تعتبر سهام المواريث والوصية من السعاية، فكانت تلك الوصايا وصية بالسعاية، ووصية بالبدل لا بالعين.

ولأن فى هذا الوجه[3] لو نفذنا الوصية في الولد ونحوه، لا يكون تنفيذا لغير من وقعت له الوصية، بل يكون تنفيذا لمن وقعت له الوصية بالجارية، وليس فيه إلزام، لأن ما لم يلزم الموصى لا يلزم ما قلنا.

الجارية الجانية إذا ولدت ولدا، ثم دفعت بالجناية فإنه لا يدفع ولدها معها، لأن دفع

---

(١) قوله: بالتنفيذ ولم ينفذ بنفسه ساقط من (ج).

(٢) ولا تنفذ فى الباقى ساقط من (ج).

(٣) فى هذا الوجه ساقط من (ج).

المملوك بالجناية[1] غير لازم على المولى، بل هو مخيّر بين الدفع والفداء، فلا يتعلق بها حق وليّ الجناية قبل الدفع، فلا يتعدّى إلى الولد.

أما تنفيذ الوصية لازم فيتعلق بها حق الموصى له قبل التنفيذ، فيتعدّى إلى الزوائد، ولا يتعدّى إلى الكسب والغلة، لأنها ليست من الوصية، ولا من أجزائها.

وقد ذكرنا هذا[2] في باب الكسب والغلة.

فرق بين الوصية وبين الغصب، إذا ولدت المغصوبة ولدا، واكتسبت أكسابا، ووهب لها هبة، وقطعت يدها، وغرم القاطع أرش اليد[3] الأرش، ووطئت بالشبهة، وغرم العقر، ثم ماتت، وقضى القاضي على الغاصب بقيمتها يوم الغصب، روي عن أبي يوسف أن الغاصب يملك الأرش والعقر ولا يملك[4] الكسب والولد.

وفي ظاهر الرواية: الغاصب يملك الكسب والغلة، ولا يملك ما سوا ذلك، وعن محمد أنه يملك الأولاد أيضا.

وفي مسئلة الوصية هذه يدخل الولد والأرش والعقر في الوصية إذا خرج الكل من الثلث، ولا يدخل الكسب والغلة.

ووجه الفرق أن الوصية عقد شرعيّ أضيفت إلى الجارية، وحكم العقد إذا ثبت في عين يثبت فيما يرند منه، وفيما كان من أجزائه تبعا، والغلة والكسب ليسا من أجزائها،

(١) قوله: "دفع المملوك بالجناية" ساقط من (ج).

(٢) هذا ساقط من (ج).

(٣) وفي (ج): وغرم الأرش.

(٤) وفي (ج): دون الكسب.

ولا بدل عن جزء هو عين، بل هو كسب ملكه، فلا يدخل في الوصية.

أما الغصب لم يوضع سببا للملك، وإنما يثبت الملك للغاصب عند أداء الضمّان تحقيقا للمعادلة، فلا يوجب حقا قبل الملك، لو ثبت الملك له في الزوائد إنما يثبت تبعا للملك في الأصل، وعند قضاء القاضي[1] بالقيمة يوم الغصب يملك المضمون مستندا إلى وقت الغصب، والمستند ثابت من وجه دون وجه، ولو ملكها من وقت الغصب من كل وجه كانت الزوائدكلهالمن يملك الأصل، كمن اشترى شيئامن فضوليّ ثم أجاز المالك البيعَ بعد حدوث الزيادة، كانت الزوائد كلها للمشتري، ولو ملكها الغاصب وقت القضاء من كل وجه كانت الزوائد[2] للمولى.

كما لو اشتراها من المالك، أو صالحه على قيمتها للحال، فإذا ملكها من وقت الغصب من وجه، ظَهَر ما ملك الغاصب في الكسب والغلة، ولم يظهر فيما عداه توفيرا على الشبهين حظّهما، والعمل على هذا الوجه أولى، لأن الملك في الكسب والغلة أسرع ثبوتا من الملك في الولد.

ألا ترى أن الغاصب إذا أجر المغصوب كانت الأجرة للغاصب[3]، ولو استولدها ثم ردّ المغصوبة على المالك كان الولد للمولى، فلهذا يدخل الولد في الوصية، ولا يدخل في الكسب والغلة.

قال: ألا ترى أنه لو نذر أن يتصدق بجاريته على المساكين فولدت ولدا، أو وجب

---

(١) وفى (ج): وعند القضاء.

(٢) زاد هنا فى (ا): كلها.

(٣) للغاصب ساقط من (ج).

لها عقد أو أرش، أو قتلها عبد ودفع بها، لزمه التصدّق بجميع ذلك، ولا يلزمه التصدق بالكسب والغلة، فكذا في الوصية بالصدقة.

فرق بين النذر بالصدقة، وبين ما إذا كانت الجارية للتجارة فولدت ولدًا بعد وجوب الزكاة[1]، لا تتعدّى الزكاة إلى الولد.

ومن الناس من قال: يتعدّى وجوب الزكاة.

وجه الفرق على ظاهر الجواب أن وجوب النذر حق الناذر؛ لأنه يجب بإيجابه، فكان شبها بحق العباد، وحقوق العباد تعتبر في عين المال، ويجعل الفعل وسيلة، أما الزكاة حق الله تعالى، وفي حقوق الشرع يعتبر الفعل؛ لأن الابتلاء والانقياد يحصل بالفعل[2]، فيعتبر المحل خاليا عن الحق.

ولو أوصى بأن تباع جاريته، ويتصدق بثمنها على المساكين، أو قال: "على فلان" فولدت بعد موت الموصى[3]، تنفذ الوصية فى الجارية والولد جميعًا[4]؛ لأنه إذا لم يبين المشتري، كان مقصوده التصدق دون البيع؛ وذكرُ البيع يكون لتسهيل التصدق على الورثة أو لإنفاع الوارث، حتى لو كانت قيمة العبد[5] ألف، وثلث ماله ألفا درهم، فكلّف الوارث، وباعها بألف ومائة، يبقى الفضل للوارث، ولهذا لو تصدق الوارث أو الوصي

(١) وفى (ج): فولدت بعد الحول.

(٢) بالفعل ساقط من (ج).

(٣) الموصى ساقط من (ج).

(٤) قوله: "فى الجارية والولد جميعًا" ساقط من (ج).

(٥) العبد ساقط من (ج).

بالعين على الفقراء من غير بيع جاز.

والدليل على أن هذه وصية بالصدقة أنه لو قال: "لله عليّ أن أبيع هذه الجارية"، لا يصح، لأن البيع لا يلزم بالنذر، ولو قال: "لله على أن أبيع هذه الجارية[1]، وأتصدق بثمنها على المساكين" يصح، فثبت أن هذه وصية بالصدقة، والوصية بالصدقة[2] تتعدّى إلى الولد والأرش والعقر، ولا تتعدّى إلى الكسب والغلة، لما قلنا.

ثم استشهد فقال: ألا ترى أنه لو قال: "لله عليّ أن أبيع هذه الجارية، وأتصدق بثمنها على المساكين"، فقتلها عبد، فدفع بها، لزمه بيع العبد المدفوع بالجناية والتصدق بثمنه، وهذا يدل على أن المقصود الصدقةُ لا نفس البيع، إذ لو كان المقصود هو البيع لما صح النذر.

وقال أيضا: ألا ترى أنه لو قال: "لله عليّ أن أبيع هذه الجارية، وأتصدق بثمنها على المساكين" فباعها بعشرة، وقيمتها ألف، لزمه التصدق بألف درهم[3]، وهذا يدل على أن المقصود هو الصدقة حتى تعلق حق المساكين بالجارية، إذ لو كان المقصود هو البيع فإذا باع بعشرة لا يلزمه التصدق بأكثر من ثمنها.

قال: ولو أوصى بأن تباع جاريته من فلان، ويتصدق بثمنها على المساكين، أو أوصى بأن يكاتب، ويتصدق بالمكاتبة على المساكين، أو تباع من نفسها، ويتصدق بثمنها على المساكين، فردّ الموصى له بالبيع البيعَ، أو أبَت الجارية أن تقبل، بطلت الوصيتان

(١) سقطت العبارة من قوله: لا يصحّ، لأن البيع... من (ج).

(٢) قوله: "والوصية بالصدقة" ساقط من (ج).

(٣) "درهم" ساقط من (ج).

جميعًا[1].

لأنه إذا بيّن المشتري كانت الوصية بالبيع مقصودة، ، وكذا الكتابة والبيع من نفسها، والصدقة مقصودة أيضا، إلا أن الوصية بالصدقة بناء على الوصية الأولى، فإذا بطلت الأولى بطلت الثانية ضرورةً؛ لأنها لو بقيت، ويتصدق برقبتها، لم يكن هذا تنفيذاً لتلك الوصية.

وكذا لو قتلت الجارية بعد موت الموصي[2]، وغرم القاتل قيمتها، أو قتلها عبد، ودفع بها، بطلت الوصيتان، لأن الوصية بالبيع تبطل بهلاك الجارية، وإذا بطلت الوصية بالبيع، وإنها مقصودة بطلت الوصية بالصدقة؛ لأنها بناء على الأولى.

وذكر الزعفراني[3] في هذا الباب مسائل ذكرها القدوري[4] في «المختصر»، فقال:

---

(١) جميعًا ساقط من (ج).

(٢) وفي (ج): بعد موته.

(٣) هو الحسن بن أحمد بن مالك، أبو عبد الله، الفقيه، الزعفراني، "كان شيخا إماما في الفقه، ثقة، رتّب «الجامع الصغير» الذي صنّفه الإمام محمد بن الحسن ترتيبا حسنا، وميّز خواص مسائل محمد عما رواه عن أبي يوسف، وجمعها على أحسن ترتيب، وألطف نظام، وجعله مبوبا، وإنه رتّب كتاب «الزيادات» أيضا، كما يدل عليه كلام الإمام قاضي خان هذا، وفي مواضع أخرى من الشرح، يقول العلامة اللكنوي: "ولنا زعفراني آخر مشهور، وهو الحسن بن احمد، مرتّب «الجامع الصغير» و«الزيادات»" . ومن مؤلفاته "كتاب الأضاحي" .

وفي كشف الظنون أنه توفي سنة عشر وستمائة تقريبا، أقول: هذا خطأ، لأن الإمام قاضي خان شرح الزيادات الذي رتّبه الزعفراني، وأحال إليه عدة مرات، وقاضي خان توفي سنة ٥٩٢ هـ. انظر ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ٤٣٤، «الطبقات السنية» برقم ٦٥٥، «الفوائد البهية»

رجل أوصى لرجل بشاة من غنمه، فماتت غنمه أو باعها، ثم مات الموصي، يعطى للموصى له شاة من الموجود حالة الموت.

وكذا لو ولدت غنمه، فللورثة أن يعطوا، إن شاؤا من الأمهات، وإن شاؤا من الأولاد، وكذا الجواري وغيرها؛ لأن الوصية إيجاب بعد الموت، فيتناول الموجود عند الموت.

فإن أراد الورثة أن يعطوا شاة من غنمه، ولها ولد ولدته بعد موت الموصي، يتبعها ولدها، وكذا الصوف واللبن، لأن الوصية لزمت عند الموت، إنما التعيين إلى الورثة، فإذا عين الوارث شاة كان تعيينه كتعيين الميّت، ويصير كأن الوصية وقعت لها من الابتداء، فكانت الزيادة للموصى له.

وما حدث من الزوائد[1] قبل موت الموصي كالصوف والولد[2] المنفصل يكون[3] للورثة؛ لأن الوصية إيجاب عند الموت، فالزيادة قبل الموت زيادة قبل الوصية.

وما استهلكه الوارث من زيادة حصلت بعد موت الموصي كان عليه ضمانها، لأن الزيادة تستحق باستحقاق الأصل، فيضمن بالإتلاف.

ولو قال: "أوصيت بشاة من غنمي هذه"، فماتت غنمه، بطلت الوصية، ولو لم

ص ٦٠ و ٢٤٥، كتائب أعلام الأخيار برقم ٢٠١، كشف الظنون ١/ ٥٦٢.

(٤) هو الإمام أحمد بن محمد القدوري، وتقدم ترجمته في ص ٢٠٩.

(١) وفي (ج): الزيادة.

(٢) الولد ساقط من (ج).

(٣) يكون ساقط من (ج).

تمت، ولكنها ولدت ولدا، لم يكن للوارث أن يعيّن الوصية من الأولاد، لأن الوصية أضيفت إلى غنم بعينها، فتعلّقت بتلك الغنم.

ولو هلكت الأغنام إلا واحدة، تعينت تلك الواحدة لخروج غيرها من أن يكون محلا للتعيين؛ لأن للتعيين حكم الإنشاء فيما يرجع إلى المحل.

ولو هلكت الأغنام كلها، وتركت أولادا حدثت بعد موت الموصي، كان على الوارث أن يدفع ولد شاة؛ لأن الوصية لزمت عند الموت، فيثبت[1] الاستحقاق في الولد الحادث بعد الموت لماذكرنا.

وذكر في وصايا "الأصل": إذا أوصى بثلث غنمه، أو بشاة من غنمه، تتعلق الوصية بالموجود وقت الوصية حتى لو هلكت تلك الغنم، أو لم يكن له غنم وقت الوصية لا شيء للموصى له[2]؛ لأنه أوصى له بمال معيّن، فلا يعطى له من مال آخر ليس ببدل عن الأول.

فرواية القدوري تخالف رواية الأصل فلا تصح[3]، ولو صحت رواية القدوري فوجهها ما قلنا.

- والله أعلم -

---

(١) جاء في (ج) بسبب مكان فيثبت، وهو خطأ وتصحيف.

(٢) انظر بدائع الصنائع ج٧/ ٣٥٤.

(٣) وأقرّ المرغيناني بما ورد في كتاب الأصل فقال: "ولو أوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم في الأصل؛ فالوصية باطلة لما ذكرنا أنه إيجاب بعد الموت؛ فيتعتبر قيامه حينئذ، وهذه الوصية تعلقت بالعين؛ فتبطل بفواته عند الموت". «الهداية مع فتح القدير» ١٠/ ٤٨٢.

باب الوصية لذوي الأرحام وأهل البيت والأصهار والأختان والجيران

بنى الباب على أصول ثلاثة[1]

أحدها: أن حقائق الأسماء[2] تعرف من أهل اللغة، وقول "محمد" فيه حجة؛ لأنه كان إماما في اللغة، أخذ الأصمعي[3] بقوله لإثبات اللغة في كثير من المواضع[4].

---

(١) "ثلاثة" ساقط من (ج) و (د).

(٢) حقائق الأسماء: معانيها اللغوية، كما يدل عليه السياق.

وفي "الهداية": «الأحكام الشرعية تنعطف (تميل) على الألفاظ على وفق الإنباء (أي عن المعاني اللغوية). ٤/ ٥١٧.

(٣) هو أبو سعيد عبدالملك بن قريب، الشهير بالأصمعي، لغوي، إخباري، نحوي، أديب بصري، بارع، توفي ٢١٣ هـ، أو ٢١٠هـ، أو ٢١٦هـ.

ينظر ترجمته في: «أخبار النحويين البصريين» ٧٢ - ٨٠، و«نزهة الألباء في طبقات الأدباء» ٩٠ - ١٠١، و«البلغة في تراجم أئمة النحو واللغة» لفيروزآبادي ١٣٦ - ١٣٧.

(٤) ولم يأخذ الأصمعي فقط عن محمد، بل أخذ عنه كبار أئمة اللغة، مثل أبي عبيد، وأبي العباس ثعلب والخليل، كما نصّ عليه الكاساني؛ حيث يقول: وهو (محمد) من كبار أهل اللغة، روى عنه أبو عبيد، وأبو العباس ثعلب وأقرانهم كما روينا عن الخليل والأصمعي.

وقال في موضع آخر: «إن حقيقة اللغة ما حكينا عن نقلة اللغة وهم أهل دقائق الألفاظ فيقبل نقلهم إياها فيما وضعت له، وما ورد في استعمال بعض الفصحاء معدولاً به عن تلك الحقائق

ومنها ترك الحقيقة بالعرف جائز، لأن مقصود المتكلم الإفهام فينصرف إلى ما يتسارع أفهام الناس إليه.

والثالث: ما أختلف أصحابنا رحمهم الله فيه، نذكر ذلك في الفصل الأول من الباب.

وفي الباب خمسة فصول:

أما الأول: إذا أوصى بثلث ماله لأقربائه أو لذوي قرابته[1]:

عند أبي حنيفة رحمه الله[2] تعتبر لاستحقاق هذه الوصية شرائط ثلاثة[3]:

أحدها: الجَمع، فلا يعطى كل الوصية للواحد، لأن "الأقرباء" جمع، وكذا قوله[4] "ذوي" بذكر الجمع، فلا تعطى كل الوصية للواحد، والإثنان وما فوقهما جَمع في

فحمل على المجاز». (بدائع الصنائع» ٧/ ٣٤٧.

(١) ويقول الكاساني: "ولو أوصى لذوى قرابته، أو قراباته، أو لأنسابه، أو لأرحامه، أو لذوى أرحامه هذه الألفاظ الخمسة سواء". (بدائع الصنائع ٧/ ٣٤٨)

(٢) "رحمه الله" ساقط من (ج) و (د).

(٣) وذكر الكاساني خمسة شرائط عند أبى حنيفة رحمه الله حيث يقول: "فالحاصل عند أبى حنيفة يعتبر فى هذه الوصية خمسة أشياء: الرحم المحرم، والأقرب فالأقرب، وجمع الوصية -وهو اثنان فصاعدًا- وأن يكون سوى الوالدين والمولودين وأن يكون ممن لا يرث". «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٤٨.

(٤) "قوله" ساقط من (ج) و (د).

الوصية، قال عليه السلام: «الاثنان فما فوقهما جماعة»[1].

ولأن الجمع مأخوذ من الاجتماع، والاجتماع يحصل بالإثنين، فكان جمعا لكنه ناقص، والجمع الناقص ملحق بالكامل في الميراث، فكذا في الوصية؛ لأنها أخت الميراث، فإن كل واحد منهما يزداد بزيادة المال، ويقلّ بقلته، ويمتنع الدين، ويبطل بالقتل.

والثاني: القرابة المحرمة للنكاح؛ لأنه لما أثبت الوصية بالقرابة كان قصده الصلة، فتنصرف إلى قرابة يفترض وَصلها، وهي القرابة المحرمة للنكاح، ولهذا تعلق استحقاق النفقة، والعتق عند الدخول في الملك، وانقطاع حق الرجوع في الهبة بها.

والثالث: الأقرب فالأقرب، فلا تثبت الوصية للأبعد مع الأقرب اعتبارا بالميراث، ولأن الأقرب أحقّ بصرف اللفظ إليه.

وكان أبو يوسف يقول أولاً: تعتبر الرحم المحرم، ولا يعتبر الأقرب فالأقرب، ثم رجع، وقال: لا تعتبر المحرمية، ولا الأقرب فالأقرب، ولا الجماعة، بل الواحد يستحق كل الوصية، وإن كانوا جماعة قسّم الثلث بينهم، ويدخل في الوصية كل من يجمعه وإياه

(١) أخرجه ابن ماجة من حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه، في كتاب الصلاة، باب الاثنان جماعة، الحديث: ٩٧٢. وأخرجه البيهقي في سننه، ٣/ ٦٩، والدارقطني في سننه، ١/ ٢٨١، والهيثمي في مجمع الزوائد، ٢/ ٤٥، والخطيب البغدادي في تاريخ بغداد، ٨/ ٤١٥. وانظر الحديث في: ميزان الاعتدال، برقم ٦٥٤٦، ولسان الميزان، ٤/ ١١٩٤، والتمهيد، لابن عبد البر ٦/ ٣١١، ومشكاة المصابيح برقم ١٠٨١.

ورواه ابن سعد بلفظ: «الاثنان فما فوق ذلك جماعة» الطبقات الكبرى، ٧/ ٣٤، وكذلك ابن عدي في الكامل في الضعفاء، ٥/ ١٨٩٠.

أقصى أب في الإسلام، وهو قول محمد والشافعي[1].

وقال يوسف بن خالد السمتي[2]: يدخل في الوصية كل من يجمعه وإياه إلى ثلاثة آباء، وقال بعضهم إلى أربعة.

لأبي يوسف ومحمد رحمه الله عليهما[3]: أنه علق الوصية بالقرابة، وأنه اسم جنس، والجنس إذا ذكر بلفظ الجمع لا يعتبر فيه الجمع، ولهذا[4] لو حلف: لا يتزوج

---

(١) وفى "الهداية": وعندهما بأقصى الأب فى الإسلام، وعند الشافعى بالأب الأدنى. «فتح القدير» ٨/ ٤٧٣، والعناية ٨/ ٤٧٣، وانظر بدائع الصنائع ٧/ ٣٤٨).

(٢) هو يوسف بن خالد بن عمر، أبو خالد، السَّمْتى، قال الصيمرى: "كان قديم الصحبة لأبى حنيفة، كثير الأخذ عنه"، ونقل القرشي قول الإمام الطحاوي: "سمعتُ المزنيّ يقول: سمعت الشافعي يقول: كان يوسف بن خالد رجلا من الخيار"، مات سنة ١٨٩هـ فى رجب، وقال اللكنوي: هو عند المحدثين مجروح، كما قال السمعانى، و"السمتى" بكسر السين وسكون الميم آخره تاء، نسبة إلى السمت والهيئة، وقال بن أبى حاتم الرازى: قيل ليوسف بن خالد: السمتى، لحسن سمته، وكان صاحب رأي، والمشهور بالإنتساب إليها أبو خالد يوسف بن خالد بن عمر السمتى من أهل البصرة.

ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ١٨٤٣، و«الطبقات السنية» برقم ٢٧٣٥، و«الفوائد البهية» ص ٢٢٧، وكتائب أعلام الأخيار برقم ٩٣، «الأنساب» ٧/ ١٣٢ طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٣٦، وطبقات الفقهاء لطاش كبري زاده، ص ٢٣، وأخبار أبي حنيفة وأصحابه، للصيمري، ص ١٥٠.

(٣) "رحمه الله عليهما" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "ولهذا" ساقط من (ج) و (د).

النساء، فتزوج امرأة حنث.

وسوّى بين الأقرب، والأبعد، والمحرم وغير المحرم؛ لأن اسم "القريب"[1] اسم يتناول الكل، دلّ عليه[2] أنه لما نزل قوله تعالى: «وأَنْذِرْ عَشِيْرَتَكَ الأَقْرَبِيْنَ»[3]، دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم سبعين نفسا من أقاربه، فيهم المحرم وغير المحرم، وقال لهم: «إني نذير لكم بين يدي عذاب شديد»[4]، فيدخل في الوصية[5] كل من يجمعه

(١) قال الكاساني: "وجه قولهما أن القريب اسم مشتق من معنى وهو القرب وقد وجد القرب فيتناول الرحم المحرم وغيره والقريب والبعيد". «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٤٩.

(٢) انظر بدائع الصنائع ٧/ ٣٤٩)، وانظر الهداية مع فتح القدير ٨/ ٤٧٣، والعناية أيضًا المرجع السابق)

(٣) سورة الشعراء، الآية: ٢١٤.

(٤) تمام الحديث كما أخرجه الإمام مسلم عن أبي عباس، قال: «لما نزلت هذه الآية: ﴿وأنذر عَشيرتَكَ الاقربين﴾ خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى صَعد الصفا، فهتَفَ: "يا صباحاه؛" فقالوا: مَن هذا الذي يَهتف؟ قالوا: محمد، فاجتمعوا إليه، فقال: "يا بني فلان؛ يابني فلان ؛ يا بني فلان؛ يا بني عبد مَناف؛ يا بني عبد المطلب؛" فاجتمعوا إليه، قال: أرايتكم لو أخبرتُكم أن خَيلا تخرُج بسَفحِ هذا الجبل أكنتم مُصدّقي؟" قالوا ما جرّبنا عليكَ كذبا، قال: فإني نذير لكم بين يَدي عذاب شديد». صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب في قوله تعالى: ﴿وأنذر عَشيرتَكَ الاقربين﴾ الحديث: ٥٠٧.

وأخرجه البخاري في الجنائز، باب ذكر شرار الموتى الحديث: ١٣٩٤. مختصرا، و في المناقب، باب من انتسب إلى آبائه في الإسلام والجاهلية، الحديث: ٣٥٢٦. و في التفسير، باب (إن هو إلا نذير لكم بين يدي عذاب شديد) الحديث: ٤٨٠١، باب (تبّت يدا أبي لهب وتب) الحديث:

وإياه أقصى أب في الاسلام. ولا يدخل من فوقه؛ لأنه لو دخل يدخل فيه كلّ الناس لوجود أصل القرابة بين الكل، فلا تصح الوصية لجهالتهم، فإن الوصية للمجهول بلفظ لا ينبئ عن الفقر والحاجة باطلة، والعاقل يقصد بتصرفه الصحة دون الفساد، ولأن المقصود نفع القريب، ولو صرف إلى الكل لا يصيب كل واحد شيئا منتفعا به، فجعلنا الوصية لكل من يجمعه وإياه أقصى أب في الإسلام.

قالوا: هذا إذا كان من يجمعه وإياه أقصى أب في الإسلام قوم يُحصون لِتصح لهم الوصية.

وقال بعضهم: تصح الوصية لهم [1] وإن كانوا لا يحصون؛ لأنها وصية يراد بها وجه الله تعالى بصلة القرابة، فتصح وإن كانوا لا يحصون.

واختلف المشايخ في تعبير [2] قوله [3]: "أقصى أب في الإسلام" قال بعضهم: أراد به أقصى أب أسلم، وقال بعضهم: أراد به [4] أقصى أب كان حيا وقت مجيء الإسلام، أسلم أو لم يسلم [5].

٤٩٧١، والحديث: ٤٩٧٢. والحديث: ٤٩٧٣، وأخرجه الترمذي في تفسير القرآن، باب ومن سورة تبت يدا، وقال: هذا حديث حسن صحيح، الحديث: ٣٣٦٣.

(٥) "الوصية" ساقط من (ج) و (د).

(١) "الوصية لهم" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "تعبير" ساقط من (ج) و (د).

(٣) انظر الهداية والعناية وشرحه ٨/ ٤٧٣.

(٤) "قوله أراد به" ساقط من (ج) و (د).

(٥) وفي "بدائع الصنائع": فدل أن الاسم يتناول كل قريب إلا أنّه لا يمكن العمل بعمومه لتعذر

وثمرة الخلاف تظهر في العلوي إذا أوصى لأقربائه، عند أبي يوسف ومحمد يدخل في الوصيـة أولاد علي رضي الله عنه[1]؛ لأنه أقصى أب أسلم، وهل يدخل أولاد عقيل؟[2] [فمن شرَط الإدراك يقول يدخل][3]؛ لأن أقصى أب أدرك الاسلام كان أبو طالب ادرك الاسلام[4] ولم يسلم، فتدخل أولاد عقيل، وأولاد جعفر[5]، وأولاد علي

إدخال أولاد سيّدنا آدم عليه السلام فيه، فتعتبر النسبة إلى أقصى أب في الإسلام لأنه لما ورد الإسلام صارت المعرفة بالإسلام والشرف به فصار الجدّ المسلم هو النَسَب فتشرفوا به فلا يعتبر من كان قبله. (٧/ ٣٤٩)

(١) قوله: "رضي الله عنه" ساقط من (ج) و (د).

(٢) هو عَقيل بن أبي طالب بن عبد مناف، القرشي، الهاشمي، أخو علي وجعفر، وكان الأسنّ، يكنى أبا يزيد، تأخر إسلامه إلى عام الفتح، وقيل أسلم بعد الحديبية، وهاجر في أول سنة ثمان، وشهد غزوة موتة، وكان عالماً بأنساب قريش ومعاصرها ومثالبها، وذكر ابن حجر عن تاريخ البخاري أنه مات في أول خلافة يزيد قبل حَرّة.
انظر ترجمته في: «أسد الغابة» ت٣٧٣٢، «الاستيعاب» ت ١٨٥٣، «الإصابة» ت ٥٦٤٤، «المغازي للواقدي ٧/ ١٣٨، ٦٩٤، الكامل في التاريخ ١/ ٤٥٨، «سير أعلام النبلاء» ٣/ ٩٩.

(٣) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج) و (د). وجاء في الأصل: " على قول من يقول" : معنى قوله: " أقصى أب في الإسلام" أقصى أب أدرك الاسلام" وما ثبت أوضح.

(٤) "قوله ادراك الإسلام" ساقط من (ج) و (د).

(٥) هو جعفر بن أبي طالب بن عبدالمطلب بن هاشم بن عبد مناف، أبو عبدالله ابن عم النبي ﷺ، وأحد السابقين إلى الإسلام، وأخو علي، هاجر إلى الحبشة، فأسلم النجاشيُ على يديه، ثم هاجر منها إلى المدينة، وآخى النبي ﷺ بينه وبين معاذ بن جبل، واستشهد بموتة من أرض الشام مجاهداً للروم في حياة النبي ﷺ سنة ثمان.

عليهم السلام، ومن يقول: أراد محمد بقوله: "أقصى أب في الاسلام"[1] أقصى أب أسلم، لا يدخل أولاد عقيل وجعفر، والصحيح هو الأول.

ولا يدخل في هذه الوصية من كان وارثا للموصى[2]؛ لأن الانسان يقصد الصحة دون الفساد، والوصية للوارث لا تصح.

ولا يدخل في الوصية[3] والده، وولد الصلب عند أصحابنا، وإن كان لا يرث منه بكفر أو نحوه، لأن اسم "القريب" لا يتناولهم، قال الله تعالى: ﴿إن ترك خيرًا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف[4]﴾[5]، عطف الأقربين على الوالدين، والعطف يقتضي المغايَرة، لأن بينهم اتحادا وبعضية، والإنسان لا يكون قريب نفسه، ومن قال لوالده: "هو قريبي" كان عاقا.

ويدخل فيه الجد[6]، والجدة، وولد الولد، وروى الحسن بن زياد[7] عن أبي حنيفة

انظر ترجمته في: «أسد الغابة» ت ٧٥٩، «الاستيعاب» ت ٣٣١، «الإصابة» ت ١١٦٩، التاريخ الكبير ٢/ ١٨٥، تهذيب الكمال ١٩٩، شذرات الذهب ١/ ١٢.

(١) قوله "محمد بقوله أقصى أب في الاسلام" ساقط من (ج) و (د).

(٢) قوله "من كان وارثا للموصى" ساقط من (ج) و (د).

(٣) قوله "في الوصية" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في الاية كلمة "بالمعروف" ساقط من (ج) و (د).

(٥) سورة البقرة، الآية: ١٨٠.

(٦) فى "بدائع الصنائع": فهل يدخل فيها الجدّ وولد الولد؟ ذكر فى "الزيادات" أنهما يدخلان، ولم يذكر فيه خلافًا، وذكر الحسن بن زياد عن أبى حنيفة أنهما لا يدخلان، وهكذا روى عن أبى يوسف رحمه الله وهو الصحيح. (٧/ ٣٤٩، انظر الهداية ٨/ ٤٧٣، والعناية ٨/ ٤٧٣)

أنه لا يدخل، وهكذا ذكر هلال[1] عن أبي يوسف[2].

وجه رواية الحسن[3] أن بينهم جزئية واتصالا، فلا يتناولهم اسم "القريب"[4].

وجه ظاهر الرواية أن بينهما واسطة، وقريب الإنسان مَن يقرب إليه بغيره، فكان بمنزلة الأخ والأخت[5].

---

(٧) "بن زياد" ساقط من (ج) و (د).

(١) هو هلال بن يحيى بن مسلم، الرأيُ، البصري، وإنما لُقّب بالرأى لسعة علمه وكثرة فهمه، كما قيل: ربيعة الرأى، أخذ الفقه عن أبى يوسف وزفر، وروى الحديث عن أبي عَوانة وابن مهدي، وأخذ عنه بكّار بن قتيبة والحسن بن أحمد بن بسطام، وله مصنّف فى الشروط، وأحكام الوقف، تداوله العلماء، مات سنة ٢٤٥ هـ.

ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ١٧٧٩، و«الطبقات السنية» برقم ٢٦٣٨، و«الفوائد البهية» ص ٢٢٣، وكتائب أعلام الأخيار برقم ١٠٧، «الأنساب» ٦/ ٦٠ طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٣٩، وطبقات الفقهاء لطاش كبري زاده، ص ٣٣، وأخبار أبي حنيفة وأصحابه، للصيمري، ص ١٥٦، ميزان الاعتدال ٤/ ٣١٧، الفهرست ٢٨٨.

(٢) كذا ذكره أبو الليث السمرقندي، ونسب هذا القول إلى أبي حنيفة وأبي يوسف. انظر «مختلف الرواية» ٧/ ٣٣٣٨.

(٣) قوله: "وجه رواية الحسن" ساقط من (ج) و (د).

(٤) يُوجّه لهذه الرواية أن هذا الاسم لايتناول الوالدين والمولودين عرفا، دلّ عليه أنه عطفه على الأقارب، لقوله تعالى: ﴿الوصية للوالدَين والأقربَين بالمعروف﴾ والجدّ كالوالد، والنافلة كالولد. انظر «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي، ٧/ ٣٣٣٨.

(٥) لأنهما من جملة الأقارب حقيقة، وإنما خرج الوالد والولد بالنص، فبقي غيرهما داخلا.

ويستوى الذكر والأنثى في هذه الوصية [1] لاستوائهم في القرابة، ولا يفضل الذكر على الأنثى، كما لا يفضل الذكر على [الأنثى في][2] أولاد الأم في الميراث.

وكذا لو أوصى لأرحامه، أو لذوي أرحامه، أو لأنسابه[3]، فهو على هذا الخلاف الذي ذكرنا في القرابة[4]؛ لأن الانتساب يكون بالقرابة، والنسب والقريب في لسان العرب واحد، فإن الأنساب والأرحام والأقرباء سواء.

ولو مات، وترك ولدا يحوز ميراثه، وأوصى بهذه الوصية، وترك عمّين وخالين[5]، فالوصية للعمين في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه يعتبر الأقرب فالأقرب، والعم أقرب لأنه يستحق العصوبة، ويقدم في الميراث على الخال.

وعندأبي يوسف ومحمد نصف الوصية للعمّين[6]، والنصف للخالين، لما مرّ.

وإن ترك عمّاً واحدا وخالين[7]، عند أبي حنيفة: النصف للعم، والنصف

«مختلف الرواية»، ٧/ ٣٣٣٨.

(١) قوله: "في هذه الوصية" ساقط من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج).

(٣) وفي (ج) و (د): "لذوي أنسابه".

(٤) انظر الهداية ٨/ ٤٧٤.

(٥) انظر التفصيل في بدائع الصنائع ٧/ ٤٣، وانظر الهداية ٨/ ٤٧٤ والعناية ٨/ ٤٧٤.

(٦) وفي (ج) و (د): "وعندهما النصف للعمّين".

(٧) انظر الهداية والعناية شرحه، وتكملة فتح القدير ٨/ ٤٧٤ وبدائع الصنائع ٧/ ٣٤٩.

للخالين، لأن العم أقرب من الخال، إلا أن عنده الواحد لا يستحق كل الوصية[١]، فيعطى له النصف، كأن ليس معه غيره، بقي النصف للخالين، كأن ليس معهما عم، وثلث ماله هذا القدر.

وإن ترك عما وعمة[٢]، وخالا وخالة، عند أبي حنيفة: الوصية للعم والعمة بينهما[٣] بالسوية؛ لأنهما أقرب؛ والإثنان جمع، فيعطى الكل لهما.

وعند أبي يوسف: تقسّم الوصية بينهم على السوية أرباعا[٤]، لما ذكرنا.

ولا يقال: بأن العمة لا تستحق العصوبة، ولا تقدم على الخال والخالة في الميراث، فينبغي أن لا تقدم في الوصية عند أبي حنيفة.

لأنا نقول: قرابتها قرابة الأب كقرابة العم، وإنما لا تستحق العصوبة للأنوثة، لا لضعف في قرابتها، فلا يعتبر معها قرابة الخال والخال، كما لو ترك عمين أحدهما كافر، فأوصى بهذه الوصية، فإن الوصية تكون بينهما لاستوائهما في القرابة[٥]، وإن لم يرث أحدهما للكفر[٦].

ولو أوصى لقرابته، أو لذوي قرابته، أو لذي نسبه، فهو بمنزلة الأول، إلا أن الواحد

---

(١) وفي (ج) و (د): "لايستحق الكل".

(٢) كذا في الهداية والعناية شرحه ٨/ ٤٧٤ وبدائع الصنائع ٧/ ٣٤٩.

(٣) وفي (ج) و (د): "الوصية بين العم والعمة".

(٤) كذا في الأصل، والعبارة في (ج) و (د): "وعندهما يقسم أرباعا بالسوية".

(٥) قوله: "تكون بينهما لاستوائهما في القرابة" ساقط من (ج).

(٦) "للكفر" ساقط من (ج) و (د).

في هذا[1] يستحق كل الوصية عندهم، حتى لو ترك عما وخالين، كانت الوصية للعم عند أبي حنيفة؛ لأنه يعتبر الأقرب فالأقرب، لكن لا يعتبر الجمع؛ لأن "ذي" يتناول الفرد.

فإن لم يكن للموصي ذو رحم محرم تبطل الوصية عند أبي حنيفة، لأن عنده للقرابة الوصية[2] لا تتناول غير ذي الرحم المحرم فتبطل لعدم المستحق، ويعتبر وجود المستحق عند موت الموصى[3] لا وقت الوصية، لأن الوصية لغير المعيّن إيجاب عند الموت، فيعتبر وجود الموصى له لا وقت الموت[4].

ولو أوصى لذوي قرابته، أو لأقربائه، أو لأنسابه، أو لأرحامه الأقرب فالأقرب، لا يعتبر الجمع [عند الكل][5].

أما عندهما فظاهر، وأما عند أبي حنيفة فلأن قوله "الأقرب" خرج تفسيرا لما تقدم، و"الأقرب" اسم فرد فلا يعتبر فيه الجمع، ويدخل فيه ذو الرحم المحرم وغيره، لأن قوله "الأقرب فالأقرب" يتناول الكل، وثبت الاستحقاق للأبعد عند عدم من هو أقرب منه، ويقدم الأقرب على الأبعد عند الكل اعتبارا لشرطه، حتى لو ترك عما وخالا كانت الوصية للعم دون الخال، وعن أبي يوسف أن هذا والأول سواء.

---

(١) "في هذا" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "الوصية" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "الموصى" ساقط من (ج) و (د).

(٤) انظر بدائع الصنائع للكاساني ٨/ ٣٤٨.

(٥) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

الفصل الثاني: إذا أوصى لأهل بيته، أو لجنسه، أو لآله:

فالوصية[1] لبني أبيه الذي ينسبون إليه إلى أقصى أب في الاسلام، يدخل فيه المحرم وغيره والوالد والولد إذا لم يرثه، ولا يدخل فيه الأب الأكبر الذي ينسب إليه البيت، ويستوي فيه الكافر والمسلم والأنثى والذكر.

أما أهل البيت فلأنه لا يراد به بيت السكنى، وإنما يراد به بيت النسبة، فكل من يجمعه وإياه من أهل بيت النسب يدخل فيه، ولا يدخل فيه أقصى أب في الاسلام، لما قلنا في الفصل الأول.

ولا يدخل فيه أب الأكبر الذي ينسب إليه البيت؛ لأنه أوصى لأهل بيته لا لصاحب البيت، والجنس والآل و أهل البيت سواء؛ يقال: "آل عباس"، و"أهل عباس".

ولا يدخل فيها قوم الأم[2]، لأن الانسان يعدّ من جنس قوم الأب لا من قوم الأم، ألا ترى أن إبراهيم [ابن رسول الله عليه السلام][3] كان قرشيا ولم يكن قبطيا[4]، و"الآل": اسم لمن يرجع إلى من يرجع هو إليه بالنسب، والنسبة تكون بالآباء لا بالأمهات.

---

(١) انظر الهداية والعناية وتكملة فتح القدير ٨/ ٤٧٥ وبدائع الصنائع ٨/ ٣٤٨.

(٢) فى "بدائع الصنائع": ولا يدخل من كانت نسبته من قبل الأمّ لأن المراد من "أهل البيت" أهل بيت النسب، والنسب إلى الآباء، وأولاد النساء آباءهم قوم آخرون. (٧/ ٣٥٠)

(٣) ما بين المكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٤) قِبْط: بالكسر ثم السكون، بلاد القبط، بالديار المصرية سميت الجيل الذي كان يسكنها، وقبط أخو قفط بن مصر بن بيصر بن حام بن نوح عليه السلام. انظر «معجم البلدان» ٤/ ٣٤٧، ٤٣٤.

ولا يدخل في هذه الوصايا أولاد البنات؛ لأنهم ينسبون إلى آبائهم، لا إلى أمهاتهم.

وكذا لو أوصت امرأة لأهل بيتها أولآ لها أو لجنسها، فالوصية تكون لمن ينسب إلى أبيها أقصى أب في الإسلام، ولا يدخل فيهاولدها ولا أمها، أما الولد فلأنه ينسب إلى أبيه حتى لوكان زوجها ابن عمها يدخل أولادها في الوصية[1]، وأما الأم فلأنها تنسب إلى قوم أبيها لا إلى قوم الموصية.

وأما الفصل الثالث: إذا أوصى بثلث ماله لأهله أو لأهل فلان:

كانت[2] الوصية لولده، فلأن الزوجة[3]، وكل من يعوله في منزله من الأحرار[4]، وهذا استحسان، والقياس أن يكون للزوجة خاصةً، لأن "الأهل" عند الإطلاق ينصرف إلى المرأة، قال الله تعالى: ﴿لأهله امكثوا إني أنست نارا﴾ الآية[5]، والمراد الزوجة[6].

---

(١) "في الوصية" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "كانت" ساقط من (ج) و (د).

(٣) كذا في الأصل، والعبارة في (ج) و (د). : "فا لوصية لولده وزوجته".

(٤) انظر بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ٣٥٠.

(٥) سورة طه، الآية: ١٠، وقوله تعالى في الآية: "إني أنست نارا" ساقط من (ج) و (د).

(٦) لأنه غالب الاستعمال في الزوجة، قال الله تعالى: ﴿وسَارَ بأهلِه﴾ (سورة القصص: ٢٩) ويقال: "من تأهّل ببلدة فهو منها" أي: تزوج، فلا يتناول غيرها بالشك. ونسب أبو الليث

وجه الاستحسان: أن الأهل كما يتناول الزوجة يتناول كلّ من يعوله، قال الله تعالى: ﴿ فأسرِ بأهلك ﴾[1]، ثم قال: ﴿ولا يلتفت منكم أحدٌ إلا امرأتك﴾[2]، أطلق اسم "الأهل" بعد استثناء المرأة[3].

ولا يدخل في الوصية[4] المماليك[5]، لأنهم خَدم الأهل، لا يقال لأمته أو عبده: "هو من أهله".

ولا يدخل في الوصية من يرث الموصى[6] لما قلنا.

ولا يدخل فيها من أضيف إليه الأهل، لأن المضاف غير المضاف إليه.

ولا يدخل فيها من يجري عليه [كل][7] شهر نفقة معلومة، ولا يكون في منزله

السمرقندي هذا القول إلى أبي حنيفة. انظر «مختلف الرواية» ٧/ ٣٣٣١، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٣٥٠، والبناية ١٠/ ٥٠٨.

(١) سورة هود، الآية: ٨١.

(٢) سورة هود، الآية: ٨١.

(٣) وفي مختلف الرواية أن هذا قول أبي يوسف ومحمد، لأن الاسم يطلق على العيال، قال الله تعالى خبرا عن يوسف عليه السلام: ﴿وأتوني بأهلِكُم أجمعين﴾ (يوسف: ٩٣) فيحمل على الكل. «مختلف الرواية» ٧/ ٣٣٣١

(٤) "في الوصية" ساقط من (ج) و (د).

(٥) بدائع الصنائع ٧/ ٣٥٠.

(٦) وفي (ج) و (د): "ولا يدخل الوارث.

(٧) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د)..

كالولد الكبير ونحوه لأنه ليس من أهله، فأهله من يعوله في منزله؛ فإن الرجل قد ينفق على المساكين كل يوم، ولا تكون المساكين من أهله.

فإن كانت له امرأتان، إحداهما بالكوفة، والأخرى بالبصرة، مع كل واحدة في منزلها ولد من غير زوجها، وزوجها ينفق عليهم، يدخل الكل في الوصية؛ لأن الكل في عياله، فكانوا من أهله.

الفصل الرابع: إذا أوصى بثلث ماله لأختانه أو لأصهاره:

فالأختان[1] أزواج البنات والعمات والخالات، وكل ذات رحم محرم منه، فزوجها من أختانه، ، وكذا كل ذي رحم محرم من أزواجهن، ذكرا كان أو أنثى فهو من أختانه، هكذا قال محمد رحمه الله، وقوله حجة في اللغة[2].

قيل: هذا عرف أهل الكوفة، أما في عرف غيرها أزواج البنات والعمات وزوج كل ذات رحم محرم منه من أختانه، حرا كان الزوج[3] أو عبدا، أو صبيا أو بالغا، أما ذو

---

(١) وفي "بدائع الصنائع": وذكر محمد رحمه الله في "الزيادات": إذا أوصى بثلث ماله لأختانه ثمّ مات، فالأختان أزواج البنات والأخوات والعمّات والخالات، فكل امرأة ذات رحم محرم من الموصي فزوجها من أختانه، وكلّ ذي رحم محرم من زوجها من ذكر وأنثى فهو أيضًا من أختيه. (٧/ ٣٥١).

(٢) كذا ذكره الإمام الكاساني في بدائع الصنائع ٧/ ٣٥١، ونقل الإمام اللغوي المطرّزي في «المغرب» هذه المسألة محيلا إلى «شرح الزيادات»، انظر «المغرب» ١/ ٢٤٥.

(٣) "الزوج" ساقط من (ج) و (د).

الرحم المحرم من الأزواج لا يكون من أختانه[1].

ثم ما أصاب العبد يكون لمولاه، كما لو وهب له شيء قال: ولا يكون الأختان من قبل نساء الموصي أراد به زوج الربيبة، فإنه لا يكون من أختانه، ويستوي في هذا زوج الأقرب والأبعد؛ لأن اسم "الختن" يتناول الكل، وليس في اللفظ ما يوجب تقديم البعض على البعض[2] بخلاف ما تقدم.

وأما "الأصهار" فكل ذي رحم محرم[3] من امرأته فهو صهره، ويستوي المملوك وغيره، والذكر والأنثى، سواء كانت امرأته حرة أو أمة، على دينه أو على غير دينه، لأن الصهرية تنبنى على الزوجية وقد تحقق، ونساؤه لا يكن من أصهاره، كما أن بناته وأخواته لا تكن من أختانه.

وقد يستعمل "الاصهار" في الأختان، و"الأختان" في الأصهار، أما استعمال "الأصهار" في الأختان قول القائل:

لكلّ أبي بنتٍ إذا ما تَرَعْرَعَت ... ثلاثةُ أصهارٍ إذا عُدِّدَ الصِهرُ

---

(١) وذكر محمد فى "الإملاء" أيضًا إذا قال: أوصيت لأختانى، فأختانه أزواج كل ذات رحم محرم من الزوج، فإن كانت له أخت وبنت أخت وخالة ولكل واحدة منهنّ زوج، ولزوج كل واحدة منهنّ أب فكلّهم جميعًا أختان، والثلث بينهم بالسوية. (بدائع الصنائع ٧/ ٣٥)

(٢) "على البعض" ساقط من (ج) و (د).

(٣) ويقول الكاسانى فى "بدائعه": وقال (محمد) فى "الإملاء": إذا قال: أوصيت بثلث مالى لأصهارى، فهو على كل ذي رحم محرم من زوجته وزجة أبيه وزوجة ابنه، وزوجة كل ذي رحم محرم منه، فهؤلاء كلّهم أصهاره. (٧/ ٣٥١)

فأوّلهُم خِدر وثانيهمُ امرؤٌ　　وثالثهم قَبرٌ وخيرهم القبر[1]

سمى "الزوج" صهرا، لكن استعمال الاصهار والأختان فيما ذكر محمد رحمه الله أصحّ وأظهر، دلّ عليه قول عاصم بن عدي[2] رضي الله عنه:

فلو كنتُ صهر الابن مَروان قربت　ركابي إلى المعروف والعطن الرحب

و لكنني صهر لآل محمد،　و خال بني العباس و الخال كالأب[3]

سمى نفسه صهرا لآل محمد عليه الصلاة والسلام، وهو كان أخا لامرأة العباس.

ثم الوصية للأختان والأصهار تتناول من كان صهرا وختنا يوم يموت الموصي،

---

(١) بحثت هذين البيتين ولم أجد لهما مرجعا، ولم أقف على اسم قائلهما، مع البحث الطويل في مظانهما والسؤال من المختصين.

(٢) هو عاصم بن عدي بن الجدّ بن العَجلان بن حارثة بن ضُبيعة بن حرام، البلوي العجلاني، حليف الأنصار. كان سيد بني عجلان، وهو أخو معن بن عديّ، يكنى أبا عمرو، ويقال أبا عبدالله. واتفقوا على ذكره في البدريين، ويقال: إنه لم يشهد ها، بل خرج فكُسر، فردّه النبي صلى الله عليه وسلم من الرَوحاء، واستخلفه على العالية من المدينة، وهذا هو المعتمد، وبه جزم ابن إسحاق، وله رواية عند أحمد. وأخرجها البخاري في "التاريخ" عن أبي عاصم عن مالك. وروى عنه أيضا الشعبي والطبراني. مات سنة ٤٥هـ وهو ابن مائة وخمس عشرة، وقيل عشرين. انظر ترجمته في: «الإصابة في تمييز الصحابة» ترجمة برقم: ٤٣٧١، ٣/ ٤٦٣، و«أسد الغابة» ترجمة: ٢٦٧٢، و«الاستيعاب» ترجمة: ١٣١٧.

(٣) البيت لعاصم بن عدي رضي الله عنه، كما ذكره المؤلف، ولكني لم أقف عليه في مراجع ترجمته، ولم أعلم له ديوانا، وبحثت كثيرا في بعض كتب المجموعات الشعرية، ولم أقف عليه فيها.

ولاتتناول من كان قبله حتى لو طلق امرأته بائنا أو ثلاثا وهو صحيح أو مريض، ثم مات الموصي، وهي في العدة فأقاربها لا تكون صهرا؛ لأن الزوجية انقطعت، وإن كانت ترث منه إذا كان الطلاق في المرض؛ لأنها ترث بحكم الفرار لا لبقاء الزوجية، والمعتدة عن طلاق رجعي بمنزلة المنكوحة.

الفصل الخامس:

إذا أوصى لجيرانه فالوصية في القياس للجيران المتلازقين[1]، وهو قول أبي حنيفة[2] رحمه الله[3].

قال محمد: على قول أبي حنيفة كل من كان ساكنا في دار يستحق الشفعة لو كان مالكا كان له الوصية، وإن لم يكن مالكا[4].

وحكي عن أبي بكر بن شَاهُويه[5] أنه أنكر ذلك، وقال: هذه كذحذ أبيه من محمد

---

(١) وجاء في (ج) و (د): " في القياس الوصية للمتلازقين"

(٢) ذكر أبو الليث السمرقندي أنه قول أبي حنيفة وزفر. «مختلف الرواية» ٧/ ٣٣٤٣.

(٣) "رحمه الله" ساقط من (ج) و (د).

(٤) انظر بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ٣٥١.

(٥) هو محمد بن أحمد بن علي بن شاهُويه، أبو بكر، القاضي، الشاهوي، الفارسي، سمع أبا خليفة المجُمَحي، و زكريا بن يحي الساجي، روي عنه الحاكم أبو عبدالله، ومات بنيسابور سنة ٣٦١ هـ، جمع بين الفقه وعلم الحساب. قال الحاكم: كان أقام بنيسابور زمانا، ثم رجع إلى بخارى، وكان يدرس في مدرسة أبي حفص الفقيه، ثم انصرف ورجع إلى بلاد فارس، فتولى القضاء بها. وذكره الشيرازي بين أصحاب أبي حنيفة، بينما عدّه ابن خلكان والصفدي شافعيا. والشاهُوي؛ بفتح الشين المعجمة، وضم الهاء، وفي آخرها الياء نسبة إلى شاهُويه، اسم للجد.

في مذهب أبي حنيفة، وليس كذلك، بل الحكم ينبنى على استحقاق الشفعة عند أبي حنيفة، والشفعة لا تكون لغير المالك.

وفي الاستحسان: وهو قول محمد[1]، الوصية لأهل مسجده، يستوى فيه[2] الساكن، والمالك، والاقرب، والأبعد، والمسلم، والكافر، والصبي، والمرأة، والحر، والمكاتب فيه [سواء][3].

وإن كان الساكن غير المالك، كانت الوصية للساكن دون المالك.

وذكر هلال أن الوصية لكل من سمع صوته في منزله.

وجه القياس: أن الجار المطلق من تكون له الشفعة، قال عليه السلام: «الجار أحق[4]

ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ١١٨٢، و«الطبقات السنية» برقم ١٨٢٢، وفيات الأعيان ٤/ ٢١١، الوافي بالوفيات ٢/ ٤٤ طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٤٤، وأخبار أبي حنيفة وأصحابه، للصيمري، ص ١٥٦.

(١) قال الكاساني: قال محمد رحمه الله: أما أنا فأستحسن أن أجعل الوصية لجيرانه الملاصقين ممن يملك الدور وغيرهم ممن لا يملكها، ولمن يجمعه مسجد تلك المحلّة التى فيها الموصى من الملاصقين وغيرهم. «بدائع الصنائع»٧/ ٣٥١،
وذكر أبو الليث السمرقندي أنه روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة كذلك، انظر: «مختلف الرواية»، محيلا إلى الزيادات، ٧/ ٣٣٤٣، و البناية ١٠/ ٤٩٦.

(٢) قوله: "يستوى فيه ساقط من (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د)..

(٤) أخرجه البخارى فى الشفعة، باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع، عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع مولى النبى ﷺ أنه سمع النبى ﷺ يقول: «الجار أحق بصقبه» الحديث: ٢٢٥٨،

بصَقَبه»[1]، ذكره بالألف واللام، وأنه لاستغراق الجنس، فكل من لا يستحق الشفعة لا يكون جارا، والشفعة تتعلق بالجوار المتلازق، ولأنه لم يُرد به العموم حتى لا يدخل في الوصية جار المحلة، وجار القرية والأرض، فيحمل على أخصّ الخصوص، وهو ما قلنا.

وجه الاستحسان: أن هذا اللفظ يتناول كل من يجمعه مسجد المحلة، قال عليه السلام: «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد»[2]، فسّره علي رضي الله عنه[3] بكل من

وفي الحيل، باب في الهبة والشفعة، الحديث: ٦٩٧٧و ٦٩٧٨، وباب احتيال العامل ليهدي له، الحديث: ٦٩٨٠ و ٦٩٨١.

وأخرجه أبو داود في البيوع والإجارات، باب في الشفعة، الحديث: ٣٥١٦. وأخرجه ابن ماجه في الشفعة، باب الشفعة بالجوار الحديث: ٢٤٩٥. وباب إذا وقعت الحدود فلا شفعة، الحديث: ٢٤٩٨. وأخرجه النسائى فى البيوع، باب ذكر الشفعة وأحكامها، الحديث: ٤٧١٦.

(١) قال إبراهيم الحربى فى كتابه "غريب الحديث": الصقب بالصاد: ما قرب من الدار، ويجوز أن يقال: سقب، فيكون السين عوض الصاد.

ونقل ابن منظور فى "اللسان" عن ابن الأنبارى قال: أراد بالصقب الملاصقة والقرب، والمراد به الشفعة، كأنه أراد بما يليه. انظر لسان العرب، مادة صقب.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، ٣/ ٧٥، ١١١، ورواه الدارقطني في سننه من حديث أبي هريرة، في كتاب الصلاة ١/ ٤٢٠، ورواه الحاكم في المستدرك من حديث أبي هريرة، ١/ ٢٤٦، والهندي في كنز العمال برقم ٢٠٧٣٧.

وهو حديث ضعيف، قال الإمام ابن حجر: حديث: "لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد"، مشهور بين الناس، وهو ضعيف، ليس له اسناد بثبت. انظر: «الدراية في تخريج أحاديث الهداية» ٢/ ٢٩٣، وتنزيه الشريعة، ٢/ ٩٩، واللآلي المصنوعة للسيوطي، ٢/ ٩، والحاوي للفتاوى ١/ ٥٣٢، وتلخيص الحبير ٢/ ٣١، ونصب الراية، ٤/ ٤١٢.

يجمعه مسجد المحلة[1].

ولأن المقصود هو البرّ والمواساة، قال عليه الصلاة والسلام: «لاتُؤذِ جارك بقُتَارِ قدرِك[2] إلا أن تعطيه منه»[3] ويستوي فيه الملازق والمقابل.

فيدخل في هذه الوصية كل من يجمعه المسجد، ولا يدخل فيه أمهات [الأولاد][4] والمدبرون؛ لأنهم في السكنى اتباع للموالى[5]، ويدخل فيه المكاتب إذا كان ساكنا في المحلة؛ لأنه ملحق بالأحرار مستبدّ بالسكنى.

---

(٣) قوله: "رضي الله عنه" ساقط من (ج) و (د).

(١) رواه البيهقي في «المعرفة» من طريق الشافعي، عن علي رضي الله عنه أنه قال: لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد، قيل: ومَن جار المسجد؟ قال: من أسمعه المنادي. ورواه ابن أبي شيبة أيضا، انظر نصب الراية، ٤/ ٤١٣.

(٢) قوله: «قُتَارِ قدرِك» هو ريح القدر والشِّواء ونحوهما. «النهاية في غريب الحديث والأثر» ٤/ ١٢

(٣) لم أعثر عليه بهذا اللفظ، وإنما ذكره الهيثمي عن معاوية بن حَيدة قال: قلت رسول الله! ما حق جاري؟ قال: «إن مرض عُدته، وإن مات شيّعته، وإن استقرَضك أقرضْته، وإن أعوَزَ ستَرته، وإن أفاضَه خيراً هنّأته، وإن أصابته مصيبة عزّيته، ولا ترفع بنائك فوق بنائه فتسدّ عليه الريح، ولا تؤذه بريح قِدركَ إلا أن تَغرف له منها». عزاه الهيثمي إلى الطبراني في المعجم الكبير وقال: فيه أبو بكر الهذلي، وهو ضعيف. «مجمع الزوائد ومنبع الفوائد» للهيثمي ٨/ ١٦٥.
وذكره ابن الأثير الجزري من حديث جابر في «النهاية» ٤/ ١٢. والزبيدي في «إتحاف السادة المتقين»، وابن عساكر في «تهذيب تاريخ دمشق» ٦/ ٣٠٨.

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٥) وفي (ج) و (د): "لأنهم أتباع في السكنى".

باب الوصية بمثل نصيب أحد الورثة إلا ثلث ما يبقى من الثلث

بنى الباب على أصول :

منها : أن الوصية بمثل نصيب أحد الورثة جائز[(١)]، وبنصيب أحد الورثة باطل ؛ لأن الوصية بنصيب الورثة وصية بحق الغير فلا تصح ، أما الوصية بمثل نصيب الورثة[(٢)] وصية

---

(١) هذا نوع من الوصية بالمجهول ، واتفق الفقهاء على أنه تصحّ الوصية بالمجهول ، فالوصية جائزة ، سواء كان الموصى به معلوما أو مجهولا ، لأن الجهالة تمنع صحة المعاوضة ، وهذا المعنى لايوجد في الوصية لرجل بعينه ، ولأن هذه جهالة تمكن إزالتها من جهة الموصِي مادام حيا ، ومن جهة ورثته بعد موته ، فأشبهت جهالة المقرّ به في حال الإ قرار ، وإنها لا تمنع صحة الإقرار بخلاف جهالة المقر له تمنع صحة الإقرار كذلك جهالة الموصَى له تمنع صحةاالوصية .

كما اتفق الفقهاء على أن الوصية تصح بمثل نصيب وارث ، من غير تعيين ، أو بمثل نصيب وارث معين ، كالوصية بمثل نصيب ابنه أو بنته ، أو بمثل نصيب وارث معدوم ، كالوصية لفلان بمثل نصيب ابن لو كان ؛ لأن ذلك وصية بمثل نصيب المذكور ، ومثل الشيء غيره .

والإمام محمد رحمه الله ذكر في هذا الباب بعض أحكام الوصية بمثل نصيب وارث غير معين ، وذكر في باب آخر أحكام الوصية بمثل نصيب وارث معين ، ومسائل هذا البا ب يرجع إلى بيان استخراج القدر المستحق من الوصية بالمجهول ، بالحساب ، وهي المسائل الحسابية .

راجع : «مختصر الطحاوي» ص١٥٧ ، «مختصر اختلاف العلماء» ٥/ ٢٣ ، «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٥٦، «المبسوط» ٢٨/ ٥٠ ، «اللباب شرح الكتاب» ٤/ ١٧٥ ، «فتح القدير» ٨/ ٤٤٣ ، «المغني» ٦/ ٣٢.

(٢) وفى (ج ود) : بمثل النصيب .

بحق نفسه، لأن مثل الشيء غيره، إلا أنه جعل نصيب الورثة معيارا للوصية، فصحّت وصيته.

ومنها: أن كل عدد لو[1] زدتَ عليه مثل نصفه، كان الزائد ثلث الجملة، ولو زدت عليه مثلَ ثلثه، كان الزائد رُبع الجملة.

وأصل آخر: أنه إذا تكلم بالوصية، واستثنى شيئا متردّدا، على قول عامة الحُسّاب[2] لا ينقص من الوصية إلا القدر المتيقّن، وعلى قول محمد لا يعطى بالوصية[3] إلا القدر المتيقن.

فعلى قول محمد تقلّ الوصية، ويكثر الاستثناء، وعلى قول الحُسّاب تكثر الوصية ويقلّ الاستثناء، وثمرة الخلاف تعرف في المسائل.

وفي الباب فصول ثلاثة:

أما الفصل الأول:

[قال محمد رحمه الله][4]: رجل مات، وترك ثلاثة بنين، وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب، فالنصيب عشرة، والثلث ثلاثة عشر، وللموصى له تسعة، والمستثنى واحد، ولتخريج هذه المسئلة طرق:

---

(١) لو ساقط من (ج ود).

(٢) قوله: "عامّة الحُسّاب"، صرّح الإمام قاضي خان بعد صفحات المراد به، فقال: «أراد "بعامة الحُسّاب" أبا يوسف والحسن بن زياد وغيرهما، ممن كان معروفا بالحُسّاب من أصحاب أبي حنيفة» انظر ص ٨١٩.

(٣) وفى (ج ود): "لا يعطى له إلا القدر".

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج ود).

منها طريقة الكتاب: وهي طريقة الحَشو، سميّت به[1] لأن محمدا حشا كتبَه من هذا الطريق، ووجه ذلك أن تأخذ عدد البنين، وذلك ثلاثة، وتزيد عليهم [واحدا][2] لمكان الوصية؛ لأنه أوصى بمثل نصيب أحدهم، ومثل الشيء غيره، فيزاد واحد على عدد البنين فيصير أربعة، ثم اضرب الأربعة في محل الوصية والاستثناء، وذلك ثلاثة فتصير اثني عشر، ثم زد عليه واحدا؛ لأن ذلك يعود إليهم بالاستثناء، فتصير ثلاثة عشر، فهو ثلث المال، والكل تسعة وثلاثون.

وأما معرفة النصيب الكامل: أن تأخذ النصيب، وذلك واحد، واضربه في ثلاثة ثم في ثلاثة كما ضربت ثلث المال، فيصير تسعة، ثم زد عليه واحدا كما زدت ثمة فهو النصيب، فإذا ظهر النصيب أعط بالنصيب عشرة، يبقى من الثلث ثلاثة استرجع بالاستثناء[3] مثل ثلث ما بقي، وذلك واحد، فيصير الباقي من الثلث أربعة، ضمّ الأربعة إلى ثلثي المال، وذلك ستة وعشرون فيصير ثلاثين، يقسّم بين البنين[4] الثلاثة، أصاب كل[5] ابن عشرة مثل ما أعطينا بالنصيب.

ومنها طريقة الجبر والمقابلة: وصورتها[6] أن تأخذ ثلث مال مجهول؛ لأنه محل الوصية، أعط بالوصية نصيبا مجهولا، يبقى معك ثلث مال إلا نصيب، وهو ثلاثة اتساع

---

(١) كذا في (ج ود)، وفي الأصل: "سميت بالحشو"، وفي (ا): انتسب بالحشو.

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج).

(٣) وردت العبارة في (ج ود): استرجع بالاستثناء ثلثه واحداً فصار الباقي أربعة وما ثبت يصح.

(٤) البنين ساقط من (ا).

(٥) وفي (ج): لكل ابن.

(٦) وفي (ج): وهو، وفي (ا): وذلك.

مال إلا نصيب استرجع بالاستثناء من النصيب قدر ثلث ما بقي، وهو تسع مال إلا ثلث نصيب؛ لأن الباقي من الثلث قبل الاستثناء كان ثلاثة أتساع مال منقوصة بنصيب، فكان كل تسع منقوصا بثلث نضيب ضرورةً، فصار معك بعد الاستثناء أربعة أتساع مال إلا نصيبا، وثلث نصيب ضمّ هذا إلى ثلثى المال، فيصير معك مال وتسع مال إلا نصيبا، وثلث نصيب، وأنه يعدل ثلاثة أنصبا، لأنا أعطينا بالوصية نصيبا ينبغي أن يكون للورثة ثلاثة أنصبا غير أن المال ناقص بنصيب وثلث نصيب، فاجبره بأن تزيد عليه نصيبا وثلث نصيب، وإذا زدت على المال نصيبا وثلث نصيب زد فيما يعدله مثل ذلك، فصار بعد الجبر مال وتسع مال كامل[1] يعدل أربعة أنصبا، وثلث نصيب، غير أن المال زائد بالتسع.

والسبيل في الجبر والمقابلة أن تردّ ناقصها وزائدها[2] إلى مال كامل، فاطرح الزيادة، وهو التسع، وأنه عشر الجملة، وإذا طرحت من المال، والتسع عشره، اطرح عما يعدله عشرا، وليس لما يعدله، وهو أربعة أنصبا وثلث نصيب عشر صحيح، فاضرب أربعة أنصبا وثلث نصيب في مخرج العشر، فيصير ثلاثة وأربعين وثلث، فاطرح من ذلك عشرة، وهو أربعة وثلث، يبقى تسعة و ثلاثون فهو المال، وإذا ظهر أن المال الكامل تسعة وثلاثون ظهر أن[3] الثلث ثلث عشرة.

ومعرفة النصيب أنا ضربنا أربعة أنصبا وثلث نصيب في عشرة، كان كل نصيب مضروبا في عشرة، فيكون النصيب عشرة، فمتى عرفت النصيب الكامل، وعرفت ثلث المال خرجت المسئلة.

---

(١) كامل ساقط من (ا).

(٢) وفى (ا): ناقصًا وزائدًا.

(٣) من قوله: "إذا ظهر أن المال" ساقط من (ج).

ومنها طريقة الدينار والدرهم : وذلك أن تجعل ثلث المال دينارا، وكم شئنا من الدراهم بعد أن يكون لها ثلث ليسهل العمل، فجعلنا ثلث المال دينارا وثلاثة دراهم، وكل المال ثلاثة دنانير وتسعة دراهم، أعط بالوصية دينارا، بقي من الثلث ثلاثة دراهم، استرجعنا بالاستثناء قدر ثلث[1] ما بقي من الثلث، وذلك درهم واحد فيصير معنا من الثلث أربعة دراهم تضمّ هذا إلى ثلثي المال[2] وذلك ديناران وعشرة[3] دراهم، وقد أعطينا بالوصية دينارا ينبغي أن يكون لكل ابن دينار، ومعنا ديناران وعشرة دراهم، فالديناران بمثلهما قصاص، بقي عشرة دراهم تعدل دينارا واحدا، فظهر أن الدينار عشرة دراهم، وقد كُنّا جعلنا ثلث المال دينارا وثلاثة دراهم، فظهر أن ثلث المال كان ثلاثة عشرة درهما، وجميع المال تسعة وثلاثون درهما.

ومعرفة النصيب جعلنا النصيب في الابتداء دينارا، والدينار عشرة، فظهر أن النصيب كان عشرة دراهم[4]، فإذا ظهر النصيب، وظهر ثلث المال خرجت المسألة.

ومنها طريقة الخطائين[5]: وذلك أن يجعل النصيب كم شئنا بعد أن يكون أكثر من واحد ليصح منه الاستثناء بغير كسر، فجعلنا النصيب اثنين، وبقية الثلث عددا له ثلث حتى يمكن استثناء ثلث ما بقي، وذلك ثلاثة، فجعلنا ثلث المال خمسة، وكل المال

---

(١) قدر ثلث ساقط من (ج).

(٢) من قوله: وذلك درهم... ساقط من (ج).

(٣) وفى (ا): ستة دراهم.

(٤) دراهم ساقط من (ج).

(٥) "حساب الخطأين": علم يتعرّف منه استخراج المجهولات العديدة، إذ أمكن صيرورتها في أربعة أعداد متناسبة، ومنفعته نحو منفعة الجبر والمقابلة، إلا أنه أقل عموما منه وأسهل عملا. انظر لمزيد الإيضاح «مفتاح السعادة» / ٣٩٢، «جامع العلوم» ٢/ ٨٨.

عشرة[1]، أعطينا بالنصيب اثنين، [واسترجعنا واحدا][2]، بقي معنا من الثلث أربعة، ضممناها إلى ثلثي المال، وذلك عشرة، فيصير معنا أربعة عشر[3]، يعطى لكل ابن اثنين مثل ما أعطينا بالنصيب، يبقي معنا ثمانية، فظهر أنا أخطأنا بثمانية زائدة، ولأجل أن الخطأ زائد يجعل النصيب أكثر من اثنين ليذهب الخطأ، فتجعل النصيب ثلاثة، وبقية الثلث بحالها ثلاثة، فيصير ثلث المال ستة، يعطى بالنصيب ثلاثة، ونسترجع بالاستثناء قدر ثلث ما بقي، وذلك واحد، فيصير معنا من الثلث أربعة، ضممناها إلى ثلثي المال، وذلك اثنا عشر، فيصير معنا ستة عشر، [4] واسترجعنا واحدا يصير أربعة نضمّه إلى ثلثي المال، وذلك اثنا عشر، فيصير ستة عشر، وحاجتنا إلى تسعة؛ لأنا أعطينا بالوصية ثلثه، يجب أن يكون لكل ابن ثلاثة، فظهر أنا أخطأنا بسبعة زائدة، وقد كان الخطأ الأول بثمانية، وزيادة واحد يذهب من الخطأ واحد، وقد كان الخطأ الأول بثمانية، فجبر ما على النصيب الأول واحد، فإذا زدنا على النصيب الأول ثمانية يذهب الخطأ كله[5]، فجعلنا النصيب عشرة، وثلث المال عشر، والمال تسعة وثلاثين، والتخريج إلى آخره.

ومنها طريق الجامع الأصغر: وذلك أن نذكر طريقة الخطائين، فإذا ظهر أنا أخطأنا في المرّة الأولى بثمانية، وفي المرة الثانية بسبعة، نضرب الثلث الأول، وذلك خمسة في الخطأ الثاني، وهو سبعة، فيصير خمسة وثلاثين، ثم يضرب الثلث الثاني، وهو ستة في الخطأ الأول، وذلك ثمانية، فيكون ثمانية وأربعين، ثم ننقص أقلهما من أكثرهما، يبقى

(١) وفي (ا وج): والكل خمسة عشر.

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا وج).

(٣) وفي (ج): فيصير أربعة.

(٤) من قوله: "ونسترجع بالاستثناء" ساقط من (ج) و(د).

(٥) كله فيجعل ساقط من (ج).

ثلاثة عشر فهو الثلث.

وأمّا معرفة النصيب أن تضرب النصيب الأول، وذلك اثنان في الخطأ الثاني، وذلك سبعة، فيكون أربعة عشر، واضرب النصيب الثاني، وذلك ثلاثة في الخطأ الأول، وهو ثمانية، فيكون أربعة وعشرين، تنقص أقلّهما من أكثرهما، يبقى عشرة، فهو النصيب، والتخريج إلى آخره[1].

ومنها طريق الجامع الأكبر: وذلك أن تذكر طريق الخطائين، فإذا ظهر الخطأ الأول والثاني، نضرب المال الأول، وهو خمسة عشر في الخطأ الثاني، وذلك سبعة، فيكون مائة وخمسة. ونضرب المال الثاني، وذلك ثمانية عشر في الخطأ الأول، وذلك ثمانية، فيكون مائة وأربعة وأربعين، ثم تنقص أقلّهما من أكثرهما، يبقى تسعة وثلاثون، فهو المال الكامل، والثلث ثلاثة عشر.

وأما معرفة الوصية[2] أن تضرب النصيب الأول، وذلك[3] اثنان في المال الثاني، وهو ثمانية عشر، فيكون ستة وثلاثون، ويضرب النصيب الثاني وهو ثلاثة في المال الأول، وهو خمسة عشر[4]، فيكون خمسة وأربعين، ثم تطرح أقلّهما وهو ستة وثلاثون من خمس وأربعين، يبقى تسعة، فإذا ظهر الثلث وظهرت الوصية خرجت المسألة[5].

---

(١) زيادة في الألف والأصل.

(٢) كذا في الأصل، وفي (ج) و (د): "النصيب" مكان "الوصية".

(٣) وفي (ج) و (د): "وهو اثنان".

(٤) وفي (ج) و (د): "وهو خمسة".

(٥) كذا في الأصل، وتغيرت العبارة في (ج) ففيه: "تطرح أقلّهما من أكثرهما، يبقى تسعة فهو الوصية".

الفصل الثاني:

إذا أوصى بمثل نصيب أحد بنيه إلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية الحاصلة، قال:[1] للموصى له ستة أسهم[2] سبعة وعشرين سهما، وتخريجه بطريق الحشو أن تأخذ عدد البنين، وذلك ثلاثة، و تزيد عليه لمكان الوصية واحدا، فتصير أربعة، ثم تضربها في سهمين، فتصير ثمانية.

وإنما ضربنا الأربعة هنا في سهمين، وفي الفصل الأول ضربنا الاربعة[3] في ثلاثة، لأن في الفصل الأول جعل المسترجع ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب، والنصيب عبارة عن المدفوع بالوصية قبل الاسترجاع، فإذا كان المسترجع ثلث ما يبقى بعد النصيب قبل الاسترجاع لا بدّ أن يكون الباقي بعد النصيب قبل الاسترجاع عددا له ثلث صحيح ليمكن الاسترجاع قدر ثلثه من النصيب[4]، وأقلّ عدد له ثلث صحيح ثلاثة، فجعلنا بقية الثلث بعد النصيب ثلاثة، أما في الفصل الثاني جعل المستثنى قدر ثلث ما يبقى بعد الوصية الحاصلة، ومن ضرورة ذلك أن لا يكون بقية الثلث قبل الاسترجاع ثلاثة، بل من ضرورته أن يكون الباقي من الثلث قبل الاسترجاع اثنين ليكون ذلك مع المسترجع ثلاثة.

أما لو كان بقية الثلث قبل الاسترجاع ثلاثة، ويصير ذلك مع المسترجع أربعة، يكون المسترجع بعد الوصية الحاصلة قدر ربعه لا قدر ثلثه، فلهذا ضربنا الأربعة في الفصل الثاني في سهمين، وفي الفصل الأول ضربناها في ثلاثة، فإذا ضربنا الأربعة هاهنا في سهمين

---

(١) قال ساقط من (ج) و (د).

(٢) أسهم ساقط من (ج) و (د).

(٣) قوله: ضربنا الأربعة ساقط من (ج).

(٤) العبارة في (ج) و(د): ليمكن الاسترجاع من النصيب بقدر ثلثه.

يصير ثمانية، ثم تزيد واحدا كما زدنا في الفصل الاول[1] فيصير تسعة فهو ثلث المال، ثم اضرب في ثلاثة ليكمل المال، فيصير سبعة وعشرون.

وأما معرفة النصيب أخذنا ثلث المال، وأعطينا بالنصيب سبعة، بقي معنا من الثلث سهمان، استرجعنا من النصيب قدر نصف ما بقي وذلك واحد، فيصير معنا من الثلث[2] ثلاثة ضمّمناها إلى ثلثي المال، وهو ثمانية عشر، فيصير أحدا وعشرين تقسم بين البنين الثلاثة، لكل ابن سبعة مثل ما أعطينا بالنصيب..

وأما التخريج[3] بطريق الجبر والمقابلة: أن نأخذ محل الوصية، وهوثلث المال، فأخذنا ثلث مال مجهول، وأعطينا بالنصيب شيئا مجهولا[4]، بقي معنا ثلث مال إلا شيء، استرجعنا بالاستثناء قدر نصف ما بقي، و ذلك نصف الثلث إلا نصف شيء، فصار معنا ثلاثة أسداس مال إلا شيء، ونصف شيء، ونضمّ ذلك إلى ثلثي المال، وهو أربعة أسداس المال، فيصير معنا مال وسدس إلا شيء ونصف شيء، وإنه يعدل ثلاثة أشياء، لأنه نصيب الورثة، لأنا إذا أعطينا بالوصية شيأ ينبغي أن يكون للورثة ثلاثة أشياء، غير أن المال ناقص شيء ونصف شيء، فأجبره بزيادة شيء ونصف شيء.

وإذا زدت في المال ستا[5]، زد فيما يعدله مثله، فيصيرمعك مال وسدس مال كامل يعدل أربعة أشياء ونصف شيء، غير أن المال زائد بسدس فاطرح الزيادة حتى يبقى مال

---

(١) قوله: "كما زدنا في الفصل الاول" ساقط من (ج) و (د).

(٢) قوله: "من الثلث" ساقط من (ج) و (د).

(٣) وفي (ج): "وأما طريق الجبر".

(٤) "مجهولا" ساقط من (ج) و (د).

(٥) سقط قوله: "وإذا زدت في المال ستا" من (ج) و (د).

كامل[1]، وذلك بأن نطرح عنه مثل سبعه.

وإذا طرحت سبع المال اطرح عما يعدله، وهو أربعة أنصبا ونصف سبع، وليس له[2] سبع صحيح، فاضرب أربعة ونصفا في سبعة، فيصير أحدا وثلاثين ونصفا، اطرح سبعه، وذلك أربعة ونصف، يبقى سبعة وعشرون، فهو المال الكامل، والثلث تسعة، والنصيب سبعة؛ لأنا ضربنا أربعة أنصبا ونصف في سبعة، فيكون كل نصيب سبعة، وإذا ظهر ثلث المال والنصيب، خرجت المسئلة.

وطريقة الدينار والدرهم: أن تجعل ثلث المال دينارا ودرهمين لما قلنا، وأعط بالنصيب دينارا، واسترجع من الدينار[3] مثل نصف ما بقي، وذلك درهم واحد، فيصير معك من الثلث ثلاثة دراهم[4]، ضمّ هذا إلى ثلثي المال، وهو ديناران وأربعة دراهم، فيصير معنا ديناران وسبعة دراهم، وحاجتنا إلى ثلاثة دنانير؛ لأنا أعطينا بالنصيب دينارا، فيجب أن يكون لكل ابن دينار، فالديناران بمثلها قصاص، بقي سبعة دراهم تعدل دينارا، فظهر أن الدينار سبعة، فعد إلى أصل، فاجعل أجزاء الدنانير أجزاء الدراهم، وأجزاء الدراهم أجزاء الدنانير، كل دينار بمعنى سبعة، وكل درهم بمعنى واحد، وقد كنا جعلنا ثلث المال دينارا ودرهمين، والدينار سبعة، فيكون الثلث تسعة، أعطينا بالنصيب دينارا، وذلك سبعة، واسترجعنا منه سهما، فيصير معنا من الثلث ثلاثة ضممّناها إلى ثلثي المال،

---

(١) العبارة: "الزيادة حتى يبقى مال كامل" ساقطة من (ج).

(٢) أي: لأربعة أنصبا ونصف.

(٣) قوله: "من الدينار" ساقط من (ج) و (د).

(٤) كذا في الأصل، وفي(ج) و (د): "فصار معنا ثلاثة دراهم".

وذلك ثمانية عشر، فيصير أحدا وعشرين، لكل ابن سبعة، مثل ما أعطينا بالنصيب[1].

وطريقة الخطائين: أن تجعل ثلث المال عددا لو أعطينا بالنصيب شيئا يمكننا استرجاع شيء منه، ويكون المسترجع مثل نصف ما بقي، وأقلّ ذلك[2] أربعة، فجعلنا الثلث أربعة، لأنا أعطينا بالنصيب سهمين، واسترجعنا منه مثل نصف ما بقي سهما، وذلك واحد[3]، فيصير معنا من الثلث ثلاثة ضمّمناها إلى ثلثي المال، وذلك ثمانية، فيصير أحد عشر، وحاجتنا إلى ستة؛ لأنا أعطينا بالنصيب سهمين، ينبغي أن يكون للبنين ستة، فظهر أنا أخطأنا بخمسة زائدة [فزد في النصيب، واجعله ثلاثة][4].

ولأجل أن الخطأ كان من حيث الزيادة زدنا على النصيب، فجعلنا النصيب ثلاثة، وبقية الثلث على حالها، فيكون المال خمسة عشر، أعطينا بالنصيب ثلاثة، واسترجعنا من النصيب سهما واحدا[5]، فصار معنا من الثلث[6] ثلاثة ضمّمناها إلى ثلثي المال، وذلك عشرة، فيصير ثلثة عشر[7] وحاجتنا إلى تسعة؛ لأنا إذا أعطينا بالوصية ثلاثة ينبغي أن يكون للبنين تسعة، فظهر أنا أخطأنا بأربعة زائدة، والخطاء الأول كان بزيادة[8] بخمسة.

---

(١) قوله: "مثل ما أعطينا بالنصيب" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) وفي (ج) و (د): "وأقله أربعة".

(٣) سقط قوله: "وذلك واحد" من (ج) و (د).

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج).

(٥) "واسترجعنا من النصيب سهما واحدا" ساقط من (ج) و (د).

(٦) "معنا من الثلث" ساقط من (ج) و (د).

(٧) "فيصير ثلثة عشر" ساقط من (ج) و (د).

(٨) "بزيادة" ساقط من (ج) و (د).

فإذا ذهب بزيادة سهم في النصيب واحد من الخطأ، علمنا أنا لو زدنا على النصيب الأول خمسة يذهب الخطأ كله، فنزيد على النصيب الأول خمسة، فصار النصيب[1] سبعة، وبقية الثلث اثنان، و جميع[2] الثلث تسعة، نعطي بالنصيب سبعة، ونسترجع واحدا، فيصير معنا من الثلث ثلاثة، نضمّها إلى ثلثي المال، وهو ثمانية عشر، فيصير أحدا وعشرون بين البنين الثلاثة أصاب[3]، لكل ابن سبعة مثل ما أعطينا بالنصيب، والتخريج لسائر الطرق على هذا الوجه.

الفصل الثالث:

إذا أوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث ما يبقى من الثلث ولم يزد عليه.

قال محمد رحمه الله: قال عامة الحُسّاب: هذا والفصل الأول من الباب سواء، وأما أنا فأقول: هذا والفصل الثاني سواء.

أراد "بعامة الحُسّاب" أبا يوسف والحسن بن زياد وغيرهما، ممن كان معروفا بالحُسّاب من أصحاب أبي حنيفة[4]، فعلى قول الحُسّاب يكثر الواجب، ويقلّ الاستثناء،

---

(١) "فصار النصيب" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "جميع" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "لثلاثة أصاب" ساقط من (ج) و (د).

(٤) ذكر شمس الأئمة السرخسي أثناء الكلام على "كتاب الوصايا" أن جميع مسائل هذا الكتاب وترتيبه . عمل محمد بن الحسن رحمه الله، أما أصل التخريج والتفريع، فمن صنعة الإمام حسن بن زياد، وقد كان له من البراعة في علم الحساب ما لم يكن لغيره من أصحاب أبي حنيفة رحمه الله، ولكنه كان شكس الخلق، فكان لايؤلف معه لصغره، وكان يخلو فيصنف، ثم عثر محمد رحمه الله على تصنيفاته، فانتسخ من ذلك ما ظهر في بعض أبواب الجامع، وأكثر كتب

وعلى قول محمد يكثر الاستثناء وتقلّ الوصية.

وبيان ذلك أنا لو ألحقنا هذا بالفصل الأول يكون ثلث المال عشرة، والوصية تسعة كما في الفصل الأول، فيكون للموصى له ثلثا الثلث، وزيادة ثلث سهم، ولو الحق هذا بالفصل الثاني يكون ثلث المال تسعة، وللموصى [1]ستة كما في الفصل الثاني، وهو ثلثا الثلث، فيكون للموصى له ثلثا الثلث لا غير، فتقلّ الوصية، ويكثر الاستثناء.

وجه قول الحُسّاب: أنه أوصى له بمثل نصيب أحد البنين، لو اقتصر عليه كان للموصى له ربع المال، لو انتقص حقه من الربع إنما ينتقص بالاستثناء، فإذا أطلق الاستثناء، ولم يبيّن يحتمل الوجه الأول ويحتمل الوجه الثاني، فلا يبطل من الوصية إلا القدر المتيقّن.

ونظيره ما ذكر في "كتاب الإقرار": رجل قال: "لفلان عليّ ألف إلا مائة أو خمسون" .ان عليه تسعمائة وخمسين، لأنه أقر بالألف، وأدخل الشك في الاستثناء فلا يخرج من الإقرار[2] إلا القدر المتيقن كذا هذا.

وقول الحُسّاب يوافق قول الشافعي، فإن عنده "الاستثناء": إخراج بطريق المعارضة[3].

الحساب من تلك الجملة، خصوصا هذا الكتاب، وفيه من دقائق الفقه والحساب ما لم يوجد مثله في غيره. «المبسوط» ٢٨/ ١١٠.

(١) "وللموصى ستة كما في الفصل الثاني" ساقط من (ج) و (د).

(٢) قوله: "الاستثناء فلا يخرج من الإقرار" ساقط من (ج) و (د).

(٣) ذكر الخطيب الشربيني أن الاستثناء من الإثبات نفي وعكسه، لو قال: "له عليّ عشرة إلا خمسة أو ستة" لزمه أربعة لأن الدرهم الزائد مشكوك فيه، وذكر أن المختار عند الشافعية أن الاستثناء

حجته في ذلك قول أهل اللغة: "أن الاستثناء من النفي إثبات، ومن الإثبات نفي"، والإثبات لا يكون إلا بدليل مثبت[1].

وقال الله تعالى: ﴿فَلَبِثَ فيهم ألفَ سنة إلا خَمسينَ عَاما﴾[2] أي: إلا خمسين عاما لم يلبثوا، إلا أنه لم يذكر ذلك ايجازا، فعنده لا يثبت الحكم في المستثنى مع أن صدر الكلام بوجبه لنصٍّ يعارضه لا لعدم الموجب، وإذا كان الاستثناء إخراجا بطريق المعارضة، لا يَخرج إلا القدرُ المتيقن.

ولمحمد في المسألة[3] وجهان:

أحدهما: أن الاستثناء ليس بإخراج بطريق المعارضة[4]، لأن ذلك جمع بين

لبيان ما لم يرد بأول الكلام، لا أنه إبطال ما ثبت. انظر «مغني المحتاج» ٢/ ٣٢٢.

(١) أجاب الإمام السرخسي عن هذا الاستدلال بقوله: أما قول أهل اللغة: "الاستثناء من النفي إثبات ومن الإثبات نفي"، فإطلاق ذلك باعتبار نوع من المجاز؛ فإنهم كما قالوا هذا فقد قالوا إنه استخراج، وإنه عبارة عما وراء المستثنى، ولا بد من الجمع بين الكلمتين، ولا طريق للجمع سوى ما بينا، وهو أنه باعتبار حقيقته في أصل الوضع عبارة عما وراء المستثنى، وهو نفي من الإثبات، وإثبات من النفي باعتبار إشارته على معنى أن حكم الإثبات يتوقّت به كما يتوقت بالغاية، فإذا لم يبق بعده ظهر النفي لا نعدام علة الإثبات، فسمي نفيا مجازا. «أصول السرخسي» ٢/ ٤١.

(٢) سورة العنكبوت، الآية: ١٤.

(٣) "وفي المسألة" ساقط من (ج) و (د).

(٤) دليل المعارضة في الحكم إنما يتحقق في الإيجاب دون الخبر لأن ذلك يوهم الكذب باعتبار صدر الكلام ومع بقاء أصل الكلام للحكم لا يتصور امتناع الحكم فيه بمانع، فلو كان الطريق ما قاله الخصم لا ختص الاستثناء بالإيجاب كدليل الخصوص ودليل الخصوص يختص بالإيجاب. «أصول السرخسي» ٢/ ٣٨.

الدليلين المتنافيين، أحدهما يوجب، والآخر ينفي في زمان واحد، وأنه تناقض، وكلام الله تعالى منزّه عن ذلك، بل الاستثناء تكلّم بالباقي بعد الثُّنْيا[1] بطريق البيان، وإنما يكون بيانا إذا لم يكن ثابتا من الأصل، لا أنه كان داخلا ثم خرج، دلّ عليه كلمة الشهادة[2]، فإن المثبت فيها غير داخل في النفي أصلا.

وقوله تعالى: ﴿فَلَبِثَ فيهم ألفَ سنَة إلا خمسين عاما﴾[3]، فخمسون[4] تعرّض للعدد المذكور أوّلا لا لحكمه، لأنّ "الألف" لو بقيت ألفا لا تصلح اسما لما دونها[5].

والدليل عليه أنه لو قال: "لفلان عليّ ألف إلا مائة" يلزمه تسعمائة[6]، وإنما لا

---

(١) بضمّ الثاء وسكون النون وألف مقصورة في آخره، بوزن "الدنيا": اسم من الاستثناء. «المصباح المنير» ص ٨٥، «المغرب» ١/ ١٢٤.

(٢) يقصد كلمة التوحيد: «لا إله إلا الله»، وانظر «أصول السرخسي» ٢/ ٣٧.

(٣) سورة العنكبوت، الآية: ١٤.

(٤) "فخمسون" ساقط من (ج) و (د).

(٥) فصّله السرخسي في أصوله بأن "الألف" اسم موضوع لعدد معلوم، فما يكون دون ذلك العدد يكون غيره لا محالة، فلولا الاستثناء لكان العلم يقع لنا بأنه لبث فيهم ألف سنة، ومع الاستثناء إنما يقع العلم لنا بأنه لبث فيهم تسعمائة وخمسين عاما. وقال في موضع آخر: "الألف" اسم لعدد معلوم ليس فيه احتمال ما دونه بوجه، فلو لم يجعل أصل الكلام هكذا لم يمكن تصحيح ذكر الألف بوجه، لأن اسم الألف لاينطلق على تسعمائة وخمسين أصلا. انظر «أصول السرخسي» ٢/ ٣٥ و ٣٩.

(٦) قوله: "لفلان عليّ ألف درهم" مقتضاه وجوب العدد المسمّى في ذمته، ويتغير ذلك بقوله "إلا مائة" لا على طريق أنه يرتفع بعضَ ما كان واجبا ليكون نسخا، فإن ذلك هذا في الإخبار عن الماضي غير محتمل، ولكن على طريق أنه يصير عبارة عما وراء المستثنى، فيكون إخبارا عن

يلزمه المستثنى لعدم الإقرار بها، لا لمسقط ورَدَّ عليه؛ لأن الرجوع عن الإقرار باطل، ويصح الاستثناء في الطلاق والعتاق، ولو كان الاستثناء إخراجا لا يصح؛ لأنهما لا يحتملان الرجوع.

إذا ثبت أن الكلام مع الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا، فالشك في الاستثناء يكون شكا في الإيجاب، وإذا تمكّنت الجهالة في الواجب، لا يجب إلا المتيقن.

وأما مسألة الإقرار، فذاك رواية أبي سليمان[1]، أما في رواية أبي حفص[2] لا يلزمه إلا تسعمائة، وهو الصحيح.

والدليل على أن الاستثناء تكلّم بالباقي، أنه لو قال لغيره: "بعت منك هذين العبدين بألف درهم إلا هذا العبد"[3] فإنه يفسد البيع في العبد الآخر، ويكون ذلك ابتداء العقد فيه بحصته من الألف، ولو كان الاستثناء إخراجا كان هذا بقاء البيع[4] في الآخر

وجوب تسعمائة فقط. «أصول السرخسي» ٢/ ٣٦.

(١) هو موسى بن سليمان، أبو سليمان، الجوزجاني، راوى كتب الإمام محمد، تقدم ترجمته في كتاب الجنايات ص ١١٨٦.

(٢) هوأحمد بن حفص، المعروف بأبى حفص الكبير، البخاري، الإمام المشهور، من كبار تلامذة الإمام محمد بن الحسن، روى عنه «كتاب الأصل» وانتهت إليه رئاسة الأصحاب ببخارى، وتفقّه عليه أئمة لا تحصون، قال اللكنوي: توصيفه بالكبير بالنسبة إلى ابنه، فإنه يكنّى بأبى حفص الصغير.

ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ١٠٤، «الطبقات السنية» برقم ١٨٦٠، «الفوائد البهية» ص ١٨، كتائب أعلام الأخيار برقم ٩٨، تاج التراجم ٦.

(٣) وفي (ج) و (د): "هذا العهد" وهو تصحيف.

(٤) وفي (ج) و (د): "العقد" مكان "البيع".

بحصته من الألف، فينبغي أن لا يفسد العقد في الآخر، كما لو باع عبدين بألف، ثم هلك[1] في ملك أحدهما قبل القبض.

والدليل عليه ما ذكر في المزارعة: إذا قال صاحب البذر للعامل: "شرطتُ لك نصف الخارج إلا خمسة أقفزة"، وقال العامل: "لا بل شرطت لي نصف الخارج"، كان القول فيه قول[2] صاحب البذر، ولو كان الاستثناء إخراجا، وجب أن لا يقبل قوله، لأنه يدعي فساد العقد بإخراج البعض عن الشرط.

والوجه الثاني لمحمد: أنه استثنى من الوصية[3] ثلث ما بقي من الثلث، وفي الفصل الثاني المستثنى ثلث ما بقي من الثلث، أما في الفصل الأول المستثنى بعد الاسترجاع يكون ربع ما بقي من الثلث، فإذا أطلق الاستثناء كان إلحاقه بالفصل الثاني أولى.

ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ربع ما يبقى من الثلث، فهو على الوجوه الثلاثة أيضا، ففي الوجه الأول: وهو ما لو قال: إلا ربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب، يجعل ثلث المال سبعة عشرة، والنصيب الكامل ثلاثة عشر.

والتخريج بطريق الحشو: أن تأخذ عدد البنين، وذلك[4] ثلاثة، وزد عليهم لمكان الوصية واحدا، فتصير أربعة، واضرب ذلك[5] في مخرج جزء المستثنى، وهو أربعة،

---

(١) قوله: "ثم هلك" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "فيه قول" ساقط من (ج) و (د).

(٣) قوله: "استثنى من الوصية" ساقط من (ج) و (د).

(٤) قوله: "البنين وذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٥) قوله: "البنين وذلك" ساقط من (ج) و (د).

فيصير ستة عشر، ثم زد واحدا فيصير سبعة عشر، فهو ثلث المال ثم، اضرب هذا [1] في ثلاثة لتكمل المال، فيصير أحدا أو خمسون.

وطريق معرفة النصيب: أن تأخذ النصيب، وذلك واحد، وتضربه في أربعة كما ضربت ثمّة، [ثم في ثلاثة][2]، فيصير اثني عشر، ثم زد عليه واحدا كما زدت ثمة، فيصير ثلاثة عشر، فإذا ظهر النصيب وظهر ثلث المال، أخذنا من الثلث أقل [3] النصيب ثلاثة عشر، بقي معنا من الثلث أربعة، استرجعنا من النصيب مثل ربع ما بقي، وذلك واحد، فيصير معنا من الثلث [4] خمسة ضممناها إلى ثلثي المال، وذلك أربعة وثلاثون، فيصير تسعة وثلاثين، إذا قسّمناها بين ابنين الثلثة، أصاب [5] كل ابن ثلاثة عشر، كما اعطينا بالنصيب [6].

و التخريج بطريق الدينار والدرهم: أن تجعل ثلث المال دينارا وأربعة دراهم لحاجتنا إلى ثلث لو رفعنا منه النصيب كان للباقي ربع صحيح، وأقلّ ذلك أربعة، فجعلنا ثلث المال دينارا وأربعة دراهم، أعطينا بالنصيب دينارا، بقي أربعة دراهم، استرجع من الدينار [7] قدر ربع ما بقي، وذلك درهم واحد [8]، فيصير معنا خمسة دراهم نضمّها إلى

---

(١) "هذا" ساقط من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ج) و (د).

(٣) "أقل" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "من الثلث" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "إذا قسمنا ها بين ابنين الثلثة اصاب" ساقط من (ج) و (د).

(٦) "كما اعطينا بالنصيب" ساقط من (ج) و (د).

(٧) "منْ الدينار" ساقط من (ج) و (د).

ثلثي المال، وذلك ديناران وثمانية دراهم، فيصير دينارا وثلاثة عشر درهما، وحاجتنا إلى ثلاثة دنانير حتى يكون لكل ابن دينار، فالديناران بمثلهما قصاص، يبقى ثلاثة عشر درهما تعدل دينارا، فعرفنا أن الدينار يعدل ثلاثة عشر درهما، وقد كنا جعلنا ثلث المال[1] دينارا وأربعة دراهم، فإذا كان الدينار ثلاثة عشر كان الثلث سبعة عشر درهما [2]، والنصيب الكامل ثلاثة عشر، والتخريج إلى آخره.

و أما طريق الجبر والمقابلة: أن تأخذ ثلثا مجهولا، وتعطي بالنصيب شيئا، بقي معنا ثلث إلا شيء، تسترجع بالاستثناء مثلَ ربع ما بقي سهم من اثني عشر، وهو نصف السدس إلا ربع نصيب، فيصير معنا خمسة أسهم إلا نصيب وربع نصيب، ضمّ هذا إلى ثلثي المال، وهو ثمانية ثلثا اثني عشر؛ لأن أقلّ عدد له ثلث، ولثلثه [ربع اثني][3] عشر، فيصير معنا مال ونصف سدس مال إلا نصيب، وربع نصيب [يعدل][4] أنصباء الورثة، غير أن المال ناقص بنصيب وربع نصيب، فأجبره بأن تزيد عليه نصيبا وربع نصيب، واذا زدت ذلك على المال زد فيما يعدله نصيبا وربع نصيب[5]، فيصير معنا مال، ونصف سدس مال يعدل أربعة أنصبا و[ربع[6]] نصيب.

---

(٨) "وذلك درهم واحد" ساقط من (ج) و (د).

(١) وفي (ج): "جعلنا الثلث".

(٢) "درهما" ساقط من (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٥) "نصيب" ساقط من (ج) و (د).

(٦) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

غير أن المال زائد بنصف السدس، فاطرح الزيادة حتى يعود إلى مال كامل، وذلك بأن تطرح من المال جزءا من ثلاثة عشر جزءا من المال، وإذا [طرحت][1] هذه الزيادة عن المال اطرح عما يعدله مثل ذلك، وليس لأربعة أنصبا وربع نصيب جزء من ثلاثة عشر، فاضرب أربعة وربع في مخرج ذلك الجزء، وذلك ثلاثة عشر، فصار خمسة وخمسين وربعا، ثم اطرح عنه الجزء الثالث عشر، وذلك أربعة وربع، يبقى أحد وخمسون، فتبين أن المال الكامل احد وخمسون، والتخريج إلى آخره.

وطريقة الخطائين: أن تجعل ثلث المال[2] عددا، إذا رفعنا منه النصيب كان للباقي منه ربع، ويمكن استرجاع شيء من النصب، وأقلّ ذلك ستة، فجعلنا ثلث المال ستة، رفعنا بالنصيب اثنين، يبقى أربعة، استرجعنا من النصيب واحدا، ونضمّه إلى ما بقي من الربع، فيصير معنا خمسة نضمّها إلى ثلثي المال، وذلك اثني عشر بلغ سبعة عشر، وحاجتنا إلى ستة، لأنا إذا أعطينا بالنصيب اثنين، ينبغي أن يكون للبنين ستة، فظهر أنا أخطأنا بزيادة أحد عشر، ولأجل أن الخطأ من حيث الزيادة زدنا على النصيب، وجعلنا النصيب ثلاثة، وبقية الثلث أربعة، ثم أعطينا بالنصيب ثلاثة، واسترجعنا من النصيب واحدا، فيصير معنا خمسة، نضمها الى ثلثى المال، و ذلك اربعة عشر، وحاجتنا إلى تسعة، لأنا أعطينا بالنصيب ثلاثة[3]، ينبغي أن يكون لكل ابن ثلاثة، فاخطأنا بعشرة زائدة، وقد كان الخطأ الأول بأحد عشر، فكلما زدنا على النصيب واحدا ذهب من الخطأ واحد، فزدنا على النصيب الأول أحد عشر، فيصير النصيب ثلاثة عشر، والثلث سبعة

---

(١) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج) و (د).

(٢) "ثلث المال" ساقط من (ج) و (د).

(٣) لم ترد العبارة من قوله: "واسترجعنا من النصيب واحدا" إلى قوله: "أعطينا بالنصيب ثلاثة". في (ج) و (د).

عشر، والتخريج إلى آخره.

والوجه الثاني من هذا الفصل أن نقول: إلا ربع ما يبقى من الثلث بعد الوصية الحاصلة، فثلث المال هنا ثلاثة عشر، والنصيب عشرة، وطريق تخريجها على الطرق ما قلنا.

والوجه الثالث أن تقول: "إلا ربع ما يبقي من الثلث"، ولم تزد عليه، فهو على الاختلاف على قول الحُسّاب..

هذا بمنزلة قوله: "إلا ربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب"، وعلى قول محمد هو بمنزلة قوله: "إلا ربع ما يبقي من الثلث بعد الوصية الحاصلة"، ولو قال: "إلا خمس ما يبقى من الثلث، أو إلا سدس ما يبقى من الثلث"، فهو على هذه الوجوه الثلاثة، وطريق تخريجها على الطرق ما قلنا فلا نعيد.

ولو مات، وترك خمسة بنين، وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث ما يبقى من الثلث وربعه، وهذه المسألة أيضا[1] على وجوه ثلاثة:

أحدها: أن يقول: "إلا ثلث ما يبقى من الثلث وربعه بعد النصيب"، وفي هذا الوجه الفريضة من مائتين وسبعة وثلاثين، وثلث المال تسعة وسبعون، والنصيب الكامل ثلاثة وأربعون، والمسترجع احد وعشرون.

وتخريجه بطريقة الكتاب: أن تأخذ عدد البنين وذلك خمسة، وتزيد عليه واحدا لمكان الوصية فيصير ستة، ثم تضرب ستة في مخرج الثلث والربع، وذلك اثني عشر، يكون اثنين وسبعين، وزد عليه ثلث وربع اثني عشر فيصير تسعة وسبعين، فهو ثلث المال، والثلثان ضعفه، فالكل مائتان وسبعة وثلاثون.

---

(١) "ايضا" ساقط من (ج) و (د).

وأما معرفة النصيب: أن نأخذ النصيب، وذلك واحد، ونضربه في اثني عشر كما ضربنا ثمة، يصير اثني عشر، ثم نضرب ذلك في ثلاثة كما ضربنا ثمة، صار ستة وثلاثين، ثم نزيد عليه ثلث وربع اثني عشر، وذلك سبعة كما زدنا ثمة، يصير ثلاثة وأربعين، فهو النصيب الكامل.

أخذنا ثلث المال، وأعطينا منه بالنصيب ثلاثة وأربعين، يبقى من الثلث ستة وثلاثون، استرجعنا بالاستثناء من النصيب مثل ثلث الباقي، وذلك اثني عشر، ومثل ربع الباقي، وذلك تسعة، فيكون المسترجع احدا وعشرين، ضمّ هذا مع بقية الثلث إلى ثلثي المال، وذلك مائة وثمانية وخمسون، فيصير مائتين وخمسة عشر، إذا قسّمتها بين خمسة بنين، أصاب كل ابن ثلاثة وأربعون مثل ما أعطينا بالنصيب.

وتخريجه بطريق الجبر والمقابلة: أن تجعل ثلث المال عددا له ثلث وربع، وذلك اثني عشر، وأعط بالوصية نصيبا مجهولا، يبقى معك ثلث مال إلا نصيب، استرجع بالاستثناء مثل ثلثه ومثل ربعه، وذلك سبعة إلا ثلث نصيب وربع نصيب، فيصير معك ثلث مال وثلث الثلث وربع الثلث، وذلك تسعة عشر إلا نصيب وثلث نصيب وربع نصيب، ضمّ هذا إلى ثلثي المال، وذلك أربعة وعشرون فيصير معك ثلاثة وأربعون إلا نصيب وثلث نصيب وربع نصيب، وأنه يعدل خمسة أنصبا، غير أنه ناقص بنصيب وثلث نصيب وربع نصيب، فأجبره بأن تزيد عليه نصيبا وثلث نصيب وربع نصيب، وإذا زدت عليه ذلك زد فيما يعدله، وهو خمسة أنصبا مثل الذي زدت، فيصير ستة أنصبا وثلث نصيب وربع نصيب، والمال زائد بثلث الثلث وربع الثلث، وهو سبعة من ثلاثة وأربعين، لأن ثلث المال إذا كان اثني عشر كان المال الكامل ستة وثلاثين، وثلث الثلث وربع الثلث سبعة، فتصير الجملة ثلاثة وأربعين، فاطرح الزيادة، وهي سبعة، من ثلاثة وأربعين حتى يعود [المال][1]

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

إلى المال كامل.

وإذا طرحت ذلك فاطرح عما يقابله، وهو ستة أنصبا وثلث نصيب وربع نصيب، سبعة من ثلاثة وأربعين؛ وليس لستة أنصبا وثلث نصيب وربع نصيب سبعة من ثلاثة وأربعين، فاضرب ستة أنصبا في ثلثة واربعين، فيكون ما ئتان وثمانية وخمسون، وثلث نصيب، وربع نصيب، وذلك سبعة من اثني عشر، إذا ضربت في ثلاثة واربعين يكون خمسة وعشرين ونصف سدس، فيكون الجملة مائتين وثلاثة وثمانين ونصف سدس[1]، اطرح سبعة من كل ثلاثة وأربعين، وذلك ستة وأربعون ونصف سدس، يبقى مائتان وسبعة وثلاثون، فهو المال الكامل، وثلثه تسعة وسبعون.

وطريق معرفة النصيب: أنا ضربنا ستة أنصبا وثلث نصيب وربع نصيب في ثلاثة وأربعين، فكان كل نصيب ثلاثة وأربعين، وإذا ظهر ثلث المال، والنصيب خرجت المسألة.

وطريقة أخرى من الجبر والمقابلة: أن نجعل ثلث المال نصيبا واثني عشر لحاجتنا إلى أن يكون للباقي بعد النصيب ثلث وربع، وندفع بالوصية نصيبا، ونسترجع منه ثلث وربع ما بقي، وذلك سبعة، فيصير[2] معنا من الثلث تسعة عشر، نضمّه إلى ثلثي المال، وذلك نصيبان وأربعة وعشرون، يصير معنا نصيبان وثلاثة وأربعون، وأنه يعدل خمسة أنصبا، فنصيبان بنصبين، يبقى ثلاثة وأربعون تعدل ثلاثة أنصبا، كل نصيب أربعة عشر وثلث، وقد كنا جعلنا ثلث المال نصيبا واثني عشر، والنصيب أربعة عشر وثلث، فذلك ستة

---

(١) كذا في الأصل، واختصرت العبارة في (ج) و (د): فجاء فيه: "فاضرب ستة أنصبا وثلث نصيب وربع نصيب في ثلاثة وأربعين، فيكون مائتين وثلاثة وثمانين ونصف سدس".

(٢) وفي (ج) و (د): "فيكون".

وعشرون وثلث، انكسر بالأثلاث، فاضربه في ثلاثة، فيصير الثلث تسعة وسبعين، والنصيب ثلاثة وأربعين.

وطريقة الدينار والدرهم: أن نجعل ثلث المال دينارا واثني عشر درهما لحاجتنا إلى أن يكون للباقي من الثلث بعد النصيب ثلث وربع، ثم أعطينا بالنصيب دينارا، يبقى معنا اثني عشر، استرجعنا من الدينار ثلث وربع ما بقي، وذلك سبعة، فيصير معنا تسعة عشر درهما نضمّها إلى ثلثي المال، وذلك ديناران وأربعة وعشرون درهما، وحاجتنا إلى خمسة دنانير، فالديناران بمثلهما قصاص، يبقى ثلاثة وأربعون درهما [1] تعدل ثلاثة دنانير، فاقلب القصة، واجعل أجزاء الدنانير أجزاء الدراهم، وأجزاء الدراهم أجزاء الدنانير، كل دينار بمعنى ثلاثة وأربعين، وكل درهم بمعنى ثلاثة، وقد كنا جعلنا ثلث المال دينارا واثني عشر درهما، والدينار ثلاثة وأربعون، وكل درهم بمعنى ثلاثة، فكان ثلث المال تسعة وسبعين، والنصيب ثلاثة وأربعين.

والوجه الثاني من هذه المسئلة: أن يقول: "أوصيت بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث وربع ما يبقى من الثلث بعد الوصية الحاصلة"، فالفريضة من مائة وأحد عشر، وثلث المال سبعة وثلاثون، والنصيب اثنان وعشرون.

وتخريجه بطريق الكتاب: أن تأخذ عدد البنين، وذلك خمسة، وزد عليهم لمكان الوصية واحدا، فيصير ستة، ثم اضرب ستة في عدد لو ضمّمت إليه كان المستثنى ثلث الجملة وربعه، وأقلّ ذلك خمسة، فإنا إذا ضمّمنا سبعة إلى خمسة، يصير اثني عشر، وسبعة من اثني عشر ثلثه وربعه، فضربنا ستة في خمسة، فصار ثلاثين، ثم زدنا عليه الجزء المستثنى، وهو الثلث والربع، وذلك سبعة، فيصير سبعة وثلاثين، فهو ثلث المال، ثم

---

(١) "درهما" ساقط من (ج) و (د).

نضرب هذا في ثلاثة لتكميل المال، فيصير مائة وأحد عشر.

وطريق معرفة النصيب: أن تاخذ[1] النصيب، وذلك واحد في خمسة كما ضربت ثلث المال، فيصير خمسة، ثم اضرب الخمسة في ثلاثة كما ضربت ثمة، فيصير خمسة عشر، ثم زد عليه سبعة، فيصير اثنين وعشرين، فهو النصيب الكامل.

وأعط بالوصية اثنين وعشرين، بقي من الثلث خمسة عشر، استرجع بالاستثناء مكان كل خمسة سبعة حتى يكون المستثنى ثلث الجملة وربعه، فاسترجعنا ثلاث مرات سبعة، فذلك أحد وعشرون، وضمّمنا هذا إلى خمسة عشر، فيصير ستة وثلاثين، ضمّنا ذلك إلى ثلثي المال، وذلك أربعة وسبعون، فيصير مائة وعشرة، إذا قسمت بين خمسة بنين، أصاب كل ابن اثنان وعشرون مثل ما أعطينا بالنصيب، وصار للموصى له سهم واحد من مائة وأحد عشر سهما.

وتخريجها بطريق الجبر والمقابلة: أن تأخذ ثلث مال مجهول، وأعط بالوصية نصيبا مجهولا، واسترجع بالاستثناء مثل ما بقي، ومثل خمسيه، حتى يكون المسترجع بعد الضم ثلث الجملة وربعها؛ لأنا نعلم أن كل عدد لو ضمّ إليه مثله ومثل خمسيه، يكون المضموم ثلث الجملة وربعه، والباقي ثلث مال إلا نصيب، فاسترجع بالاستثناء ثلث مال إلا نصيب، وخمسي الثلث إلا خمسي نصيب، فيصير معك ثلثا مال وخمسا ثلث مال إلا نصيبن وخمسي نصيب، ضمّ هذا إلى ثلثي المال، فصار مالا وثلث مال وخمسا ثلث مال إلا نصيبين وخمسي نصيب، وأنه يعدل خمسة أنصبا، وأنه ناقص بنصيبين وخمسي نصيب، فأجبره بأن تزيد عليه نصيبين وخمسي نصيب.

وإذا زدت في المال ذلك حتى صار مالا وثلث مال وخمسا ثلث مال، وهو بالأجزاء

---

(١) وفي (ج) و (د): "أنتضرب".

اثنان وعشرون ، زد فيما يقابله، وهو خمسة أنصبا مثل ذلك، فصار خمسة أنصبا وخمسي نصيب، غير أن المال زائد فاطرح الزيادة، وذلك بأن تطرح سبعة من اثنين وعشرين، لأن المال خمسة عشر حيث جعلنا الثلث خمسة، واسترجعنا خمس الثلث، وإذا كان ثلث المال خمسة كان الكل خمسة عشر، وأنه زائد بالثلث، وهو خمسه وخمسا الثلث، وذلك سهمان، فتكون الزيادة سبعة، فكان الكل اثنين وعشرين، فاطرح منه سبعة حتى يبقى المال الكامل، واطرح عما يقابله، وذلك سبعة أنصبا، وخمسا نصيب أيضا سبعة من اثنين وعشرين، وليس له ذلك، فاضرب سبعة أنصبا وخمس نصيب في اثنين وعشرين، فيكون مائة واثنان وستون أربعة أخماس؛ لأن سبعة أنصبا إذا ضربت في اثنين وعشرين، يكون مائة وأربعة وخمسين، وخمس النصيب إذا ضربت في اثنين وعشرين يكون خمس اثنان وعشرين، وذلك ثمانية اسهم وأربعة أخماس سهم، فتكون الجملة مائة واثنين وستين وأربعة أخماس[سهم][1]، اطرح من كل اثنين وعشرين سبعة، فاطرح أحدا وخمسين وأربعة أخماس، يبقى مائة وأحد عشر، هو المال الكامل، وثلثه سبعة وثلاثون.

وأما معرفة النصيب: ضربنا النصيب في اثنين وعشرين، فكان النصيب اثنين وعشرين، أعط بالنصيب اثنين وعشرين، بقي من الثلث خمسة عشر، استرجع من النصيب لكل خمسه من بقية الثلث سبعة، فيكون المسترجع أحدا وعشرين، ضمّ هذا مع بقية الثلث إلى ثلثي المال، فيصير مائة وعشرة، إذا قسمت بين البنين أصاب كل ابن اثنان وعشرون مثل ما أعطينا بالنصيب.

وتخريجها بطريق الدينار والدرهم: أن تجعل ثلث المال دينارا وخمسة دراهم لما قلناه، أعط بالنصيب دينارا، واسترجع بالاستثناء سبعة دراهم، يصير معك اثني عشر درهما، ضمّ هذا إلى ثلثي المال، وذلك ديناران وعشرة دراهم، فصار دينارين واثنين

---

(١) ما بين المعكوفتين زيد من (ج) و(د).

وعشرين درهما، وحاجتنا إلى خمسة دنانير، فالديناران بمثلهما قصاص، بقي معنا اثنان وعشرون درهما تعدل ثلاثة دنانير، فاقلب القصة، واجعل أجزاء الدراهم أجزاء الدنانير، وأجزاء الدنانير أجزاء الدراهم، فصار كل دينار اثنين وعشرين درهما، وكل درهم ثلاثة، وقد كنا جعلنا ثلث المال دينارا، وذلك اثنان وعشرون وخمسة دراهم، وذلك خمسة عشر، كل درهم ثلاثة، فكان ثلث المال سبعة وثلاثين.

وأما معرفة النصيب: جعلنا النصيب دينارا، وذلك اثنان وعشرون، [فإذا][1] ظهر النصيب وثلث المال، خرجت المسئلة.

والوجه الثالث: أن يقول: "إلا ثلث وربع ما يبقى من الثلث"، ولم يزد عليه، فيه اختلاف: على قول الحُسّاب هذا بمنزلة الوجه الأول، وعلى قول محمد هذا بمنزلة الوجه الثاني.

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

باب الوصية تكون لواحد وقد سمّى معه غيره وما يكون له نصفها

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن الوصية بالثلث، أو بعَين من أعيان ماله إذا وقعت لإثنين أو لجماعة بكلمة توجب التبعيض بينهم، يقتصر على البعض ولا يتكامل، وإن زالت المزاحمة، حتى لا يستحق الواحد منهم كل الثلث، لأن للاستحقاق حكم الإيجاب، وإيجاب البعض لا يكون إيجابا للكل[1].

وإن وقعت الوصية لكل واحد منهم بكل الثلث، يدخل النقصان بحكم المزاحمة، فإن انعدم المزاحم من الأصل، سلّم للباقي منهما كل الثلث.

فإن خرج المزاحم بعد صحة الإيجاب يخرج بحصته، ولا يسلم للآخر كل الثلث، لأن الوصية صحت لهما، وثبتت الشركة، فبطلان حق أحدهما بعد الثبوت لا يوجب زيادة في حق الآخر.

---

(١) أصّل العتابي لهذا الباب بأسلوب مختلف، فقال: أصل الباب أن الوصية متى كانت لشخصين، لكل واحد بجميع الثلث، فإن كانا مزاحمين بأن كانا من أهل الاستحقاق، كانت وصيته لكل واحد بنصف الثلث، حتى لو فات الاستحقاق في حق أحدهما بفَقد شرط زائد، كان للآخر نصف الثلث، وإن انعدم المزاحمة من الأصل، بأن لم يكن أحدهما من أهل الاستحقاق، كان للآخر جميع الثلث، لأن غير المستحق لايصلح مزاحما له. «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق ١٥٨.

والأصل الثاني: أن جهالة الموصى له تمنع صحة الوصية[1]، لأنها تمليك، فلا يتمّ بدون القبول، والقبول من المجهول ممتنع[2].

فإن كان الموصى له معيّنا وقت الوصية، كانت الوصية إيجابا وقت وجودها، وإن لم يكن معيّنا وقت الوصية، وتعيّن عند الموت صحّت الوصية[3]، وتعتبر إيجابا عند الموت؛ لأن حكم الوصية ثبت عند الموت، فكان تعيّن الموصى له عند الموت كتعيّنه وقت الوصية، اعتبارا للموصى له بالموصى به، فإن الموصى به لو كان عينا يعتبر إيجابا للحال، وإن لم يكن عينا يعتبر إيجابا وقت الموت، حتى لو أوصى بعين لا يملكه، ثم ملكه قبل الموت، لا تصح الوصية، وتعتبر إيجابا وقت الوصية.

ولو أوصى بثلث ماله، ولا مال له، ثم ملك مالا قبل الموت صحت الوصية، وتعتبر إيجابا وقت الموت، كذلك هنا.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

---

(١) ذكر الكاساني من بين شروط الموصى له أن لايكون مجهولا جهالة لايمكن إزالتها، فإن كان لم تجز الوصية له، لأن الجهالة التي لايمكن استدراكها تمنع من تسليم الموصى به إلى الموصى له، فلا تفيد الوصية. ثم بيّن ما يتفرّع على هذا الشرط، انظر: «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٤٢، «تبيين الحقائق» ٦/ ١٨٤.

(٢) ذكره العتّابي عند بيان أصل الباب: إن كان الموصى له معيّنا معلوما تعتبر أهليته للدخول تحت الوصية يوم الوصية، وإن لم يكن معينا تعتبر عند الموت. «شرح الزيادات» للعتّابي، مخطوط، ورق ١٥٨.

(٣) لأن الوصية تمليك عند الموت، فلا بد من أن يكون الموصى له معلوما في ذلك الوقت، حتى يقع الملك له، ويمكن تسليم الموصى به إليه.

رجل قال: "أوصيت بثلث مالي لفلان وفلان"، أو قال: "لفلان ولفلان"، وأحدهما ميّت، كان للحيّ منهما كل الثلث[1]، علم الموصي بذلك أو لم يعلم؛ لأن قوله: "أوصيت بثلث مالي لفلان" وصية بكل الثلث، فإذا عطف الثاني على الأول، ولم يذكر للثاني خبرا، كان خبرا للثاني، كأنه قال: "وأوصيت بثلث مالي لفلان"، ولو صرح بذلك يكون موصيا لكل واحد منهما بجميع الثلث، ولا يكون الثاني دافعا للأول، لأن حكم الوصية لا يثبت في الحال، فجاز أن ينعقد الثاني مع الأول.

كما لو وكل رجلا ببيع ماله، ثم وكل آخر، وإذا صار موصيا لكل واحد منهما بجميع الثلث، لو انتقص الحق إنما ينتقص بحكم المزاحمة، ولم تتحقق المزاحمة ههنا، لأن الميّت ليس من أهل إثبات الملك له، فبقي للحيّ منهما كل الثلث.

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه قال: إذا لم يعلم الموصي بموت أحدهما كان للحيّ منهما نصف الثلث[2]، لأنه إذا علم كان هازلا لاعبا، فيبطل ذكر الميّت، كما لو ضمّ إليه

(١) وهذا عند الإمام أبي حنيفة ومحمد، وروي عن أبي حنيفة أيضا أن مثل هذه الوصية باطلة، وعند أبي يوسف للحي منهما نصف الثلث، كما سيذكره الشارح، وبناء هذا الخلاف على مسألة أخرى ذكرها الكاساني، وهي ما إذا أوصى بثلث ما له لفلان وفلان أو أوصى بثلث ما له لأحد هذين الرجلين، روي عن أبي حنيفة رحمه الله أن الوصية باطلة، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أنها صحيحة، غير أن عند أبي يوسف الوصية لهما جميعا، وعند محمد لأحدهما، وخيار التعيين الى الورثة يُعطون أيهما شاؤا.

انظر «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٣٦، و«مختصر الطحاوي» ص١٦٢، و«شرح مختصر الطحاوي» للجصاص ٢/ ٥٥٥، و«مختصر اختلاف العلماء» ٥/ ٥٨، و«المبسوط» ٢٧/ ١٥٩، و«البناية» للعيني ١٠/ ٤٥٥.

(٢) فرّق الإمام أبو يوسف رحمه الله بين علمه بموته وجهله، وذكر الطحاوي في مختصره أن أبا

حائطاً أودابة، وإذا لم يعلم كان قصده الشركة، وإيجاب الوصية لكل واحد منهما بنصف الثلث، وصحة الوصية تعتمد القصد، فلا يستحق كل الثلث.

ووجه ظاهر الرواية: ما قلنا إن نقصان حق كل واحد منهما عن الثلث حكم المزاحمة، والشركة في الإيجاب، والإيجاب للميّت باطل، فلا تثبت المزاحمة[1].

ولو قال: "ثلث مالي لفلان وفلان"، وهما حيان، فمات أحدهما قبل موت الموصي، كان للباقي منهما نصف الثلث، والنصف لورثة الموصي، لأن الوصية صحت لهما لقيام الأهلية عند الإيجاب، وإن تأخّر الاستحقاق إلى وقت الموت.

كما لو أوصى لوارثه ولأجنبي، كان للأجنبي نصف الثلث[2]، لأن الوصية صحت

يوسف ذهب في قوله الأول إلى ما قاله أبو حنيفة ومحمد، ثم قال بعد ذلك فيما روى عنه أصحاب الإملاء إن كان يعلم بموته فالقول كذلك، وإن كان لا يعلم بموته فللحي نصف الثلث، ويرجع نصفه الباقي إلى ورثة الموصي. «مختصر الطحاوي» ص١٦٢.

وجاء في «مختصر اختلاف العلماء»: قال أبو يوسف: إذا كان مجهول الموت فللباقي نصف الثلث، وإذا كان معروف الموت، فهو كما قال أبو حنيفة. ٥/ ٥٩. وانظر «المبسوط» ٢٧/ ١٥٩، و«البناية» للعيني ١٠/ ٤٥٥

(١) رجّح الطحاوي هذه الرواية وقال: "وبه نأخذ"، وعلّل له في اختلاف العلماء بقوله: قال أبو جعفر: وصية الميت بينهما قد بطلت، فكيف يحاص ورثة الموصى له الحي بوصية قد بطلت، فوجب أن يكون الثلث كله للحي، ولا فرق بين علمه بموته وجهله. انظر «مختصر الطحاوي» ص١٦٢، و«مختصر اختلاف العلماء» ٥/ ٥٩.

(٢) لأن الوصية للوارث واقعة، وتلحقها الإجازة من بقية الورثة. انظر «مختصر الطحاوي» ص١٦٢، وشرحه للجصاص ٢/ ٥٥٦.

وقال الاسبيجابي في «شرح مختصر الطحاوي»: وإن لم يجز سائر الورثة، بطلت الوصية في

لهما لقيام الأهلية، حتى لو أجازت الورثة جازت الوصية للوارث، فلا يتكامل الثلث للأجنبي، كذلك ههنا.

ولو قال: "ثلث مالي بين فلان وفلان"، وأحدهما ميّت، كان للحيّ نصف الثلث[1]، علم الموصي بذلك أو لم يعلم.

وكذا لو قال: "ثلث مالي بين فلان، وبين هذا الحائط"، كان لفلان نصف الثلث؛ لأن كلمة "بين" في الأصل للتنصيف[2]، ولهذا لو قال: "ثلث مالي بين فلان"، ولم يزد عليه، كان لفلان نصف الثلث، وكذا لو قال لامرأتين له: "بينكما تطليقتان"، يقع على كل واحدة واحدة.

وقد ذكرنا أن الوصية إذا وقعت بكلمة التبعيض لا يتكامل، بخلاف الفصل الأول؛ لأن ثمة الوصية وقعت لكل واحد منهما بالثلث، وإنما يدخل النقصان بحكم[3] المزاحمة،

حصة الوارث، وبقي نصف الثلث للأجنبي، ولا يكون جميع الثلث للأجنبي، لأن إضافته إلى وارثه صحيحة، ألا ترى أنه لو أجاز سائر الورثة جاز، وقد أوصى لكل واحد بنصف الثلث، فيكون له ذلك. شرح مختصر الطحاوي للاسبيجابي ٢/ لوحة: ٥٨.

(١) كذا في «مختصر الطحاوي» ص١٦٣، و«شرح مختصر الطحاوي» للجصاص ٢/ ٥٥٦، ونقل العلامة أبو الوفاء الأفغاني في هامش «مختصر الطحاوي»: ولو أوصى بثلث ماله بين فلان وفلان وأحدهما كان ميتا، فإن للحي نصف الثلث، خلاف المسألة الأولى، لأن كلمة "بين" كلمة تجزئة وتقسيم، فقد أوصى لكل واحد بنصف الثلث. ص ١٦٣.

(٢) قال الكفوي: بَيْن: كلمة تنصيف وتشريك، حقها أن تضاف إلى أكثر من واحد. «الكليات» ص ٢٣٣. وقال السرخسي: كلمة "بين" كلمة تقسيم وتجزئة. «المبسوط» ٢٧/ ١٥٩.

(٣) وفي (ج) و(د): "بطريق المزاحمة".

فإذا لم تثبت المزاحمة لا ينتقص، ولهذا لو قال: "ثلث مالي لفلان"، ولم يزد عليه كان لفلان كل الثلث.

وكذا لو قال: "ثلث مالي لفلان ولعَقِبه"، كان لفلان كل الثلث؛ لأن "عقبه": من يخلفه بعد موته، ولا يكون العقب في حياته[1]، وإذا لم توجد المزاحمة بقي له كل الثلث، كما لو قال: "أوصيت بثلث مالي[2] لفلان وفلان"، وأحدهما ميّت.

ولو قال: "ثلث مالي بين فلان وبين عقبه"، كان لفلان نصف الثلث، اعتبارا لكلمة "بين".

ولو قال: "ثلث مالي لفلان ولولد عبدالله"، فمات [3] ولد عبد الله قبل موت الموصي، كان لفلان كل الثلث، لأنه إذا أبهَمَ ولد عبد الله، ولم يعيّن بالإشارة، كانت الوصية إيجابا لولده الموجود عند موت الموصي، فإذا لم يكن لم تثبت المزاحمة، والوصية كانت بلفظ يستحق بها الثلث، فسلم للأول كل الثلث.

فإذا لم يكن لعبد الله ولد وقت الوصية، ثم ولد له أولاد، أو كان له ولد وقت

---

(١) جاء في هامش «مختصر الطحاوي»: وبمثله لو قال: "أوصيت بثلث مالى لفلان ولعقبه"، يكون الثلث كله لفلان، لأن الإضافة إلى "العقب" لا تصح، لأنهما لا يجتمعان معا أبدا، لأن العقب يكون بعده. «مختصر الطحاوي» ص١٦٣.

وعلّله السرخسي بقوله: لأن الإضافة إلى العقب فاسدة، لأن "عقبه" من يعقبه، فإذا كان هو حيا، لايكون له عقب، وإذا بطلت الإضافة إلى العقب ثبت ثلث المال إليه. انظر «المبسوط» ٢٧/ ١٥٩.

(٢) وفي (ج) و (د): "بكل مالى"، وهو خطاء.

(٣) "ولد" ساقط من (ج) و (د).

الوصية فماتوا، ثم ولد له عشرة أولاد، ثم مات الموصي، كان الثلث بين فلان وبين ولد عبد الله على عدد رؤسهم؛ لأنه أبهَمَ ولد عبد الله، فكانت الوصية إيجابا عند الموت.

ولو قال عند موته: "ثلث مالي لفلان ولولد عبد الله"، ولعبد الله عشرة أولاد، كان الثلث بينهم على أحد عشر على عدد رؤسهم؛ لأن اسم "الولد" اسم جنس يتناول الكل، فكذلك هنا.

وكذا لو قال: "ثلث مالي لفلان ولمن كان في هذا البيت"، ولم يكن في البيت أحد، كان لفلان كل الثلث، لأنه أشرك غير المعيّن، فاعتبر إيجابا عند الموت، فإذا لم يكن في البيت أحد وقت الموت لم يثبت الإشراك.

وكذا لو قال: "ثلث مالي لفلان ولفقراء ولد عبد الله" فمات الموصي، وليس في ولد عبد الله فقير، أو كانوا فقراء وقت الوصية، واستغنوا قبل الموت، كان الثلث لفلان؛ لأنه أوصى لفقراء ولد عبد الله غير معيّن، فيعتبر إيجابا عند الموت.

ولو كان فيهم فقراء عند الوصية، فاستغنوا، وافتقر قوم آخرون، كان الثلث بين فلان وبين من كان من ولد عبد الله فقيرا يوم مات الموصي على عدد رؤسهم لما قلنا.

ولو قال: "ثلث مالي لفلان ولأولاد عبد الله هؤلاء" فمات أولاد عبد الله، ثم مات الموصي، كان لفلان حصته من الثلث؛ لأن الوصية وقعت لمعيّن كان من أهل الاستحقاق، فتثبت المزاحمة، فبعد ذلك إن زالت المزاحمة لا يتكامل حق الآخر.

ولو قال: "ثلث مالي لفلان وفلان ابن عبد الله إن متّ وهو فقير"، فمات الموصي، وفلان بن عبد الله غني، كان لفلان نصف الثلث، لأنه أشرك المعيّن إلا أنه علّق ثبوت حكم الوصية بالشرط، والوصية لم تشرع إلا مضافا أو معلقا، فتعلق الحكم بالشرط لا

يمنع انعقاد الوصية، كتعلقه بشرط بقاء الموصى له إلى أن يموت الموصي[1].

وإذا انعقدت الوصية، كان موجبا لكل واحد منهما بنصف الثلث، فإن بطل استحقاق أحدهما لفقد شرطه، وهو الفقر، لا يزداد حق الآخر، كما لو أوصى بثلث ماله لفلان وفلان، ثم مات أحدهما قبل موت الموصي.

وكذا لو قال: "ثلث مالي لفلان ولعبد الله إن كان عبد الله في هذا البيت"، ولم يكن عبد الله في البيت، كان لفلان نصف الثلث؛ لأنه أشرك المعيّن في الإيجاب، وعلّق الحكم بالشرط.

لو قال: "ثلث مالي لفلان ولعبد الله إن كان عبد الله حيا"، فإذا عبد الله كان ميّتا قبل ذلك، كان للأول[2] كل الثلث.

فرق بين هذا وبين قوله: "ثلث مالي لفلان ولعبد الله إن كان عبد الله في البيت" ثمّة يصح الإيجاب.

والفرق أن الحياة شرط صحة الإيجاب، فيراعى وجودها وقت الإيجاب، فإذا لم توجد لا يصح، أما كونه في البيت ليس بشرط لصحة الإيجاب، فيجعل شرطا لثبوت الحكم، فيراعى وجوده وقت ثبوت الحكم.

ولو قال: "ثلث مالي لفلان ولعبد الله إن متّ وهو حيّ"، فمات عبد الله بعد ذلك قبل موت الموصي، كان لفلان نصف الثلث، لأن الوصية وقعت للمعين، فتثبت المزاحمة، فلا يتكامل حق الآخر بعد ذلك.

---

(١) لأنه مما يشترط لصحّة الوصية في الموصى له أن يكون موجودا وقت موت الموصي. انظر «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٣٥.

(٢) "وفي (ج) و (د): "كان لفلان".

ولو قال: "ثلث مالي لفلان ولمن افتقر من ولد عبد الله"، فمات الموصي، وولد عبد الله كلهم أغنياء، كان للأول كل الثلث؛ لأن الوصية وقعت لغير المعيّن، فإذا لم يفتقر أحد من ولد عبد الله لم تثبت المزاحمة، فسلّم الثلث للأول.

ولو افتقر بعضهم ثم مات الموصي، كان الثلث بين الأول وبين من افتقر من ولد عبد الله على عدد رؤسهم لما قلنا.

وإن مات الموصي وولد عبد الله فقراء من الأصل لم يزالوا كذلك، أشار في الكتاب إلى أن كل الثلث يكون للأول، وحكي عن الشيخ الامام أبي القاسم الصّفار[(١)] رحمه الله: أن الثلث يقسم بينهم على عدد رؤسهم؛ لأن المقصود من هذه الوصية التقرب إلى الله تعالى بسَدّ خلّة المحتاج، وفي هذا الفقرُ الأصليّ والعارضُ سواءٌ.

والصحيح جواب الكتاب، لأن هذا اللفظ لا يتناول مَن كان فقيرا في الأصل، وفي اعتبار هذا الشرط فائدة، لأن الفقر بعد الغنى أشدّ من الفقر الأصلي، فكان هو أولى بالبرّ.

وإن مات أولاد عبد الله، ثم ولد له أولاد، فاستغنوا، ثم افتقروا قبل موت

---

(١) هو أحمد بن عِصمة، أبو القاسم، الصّفار، البلخيّ، الفقيه، المحدث، كان إماما كبيرا، تفقّه على أبي جعفر الهندواني، وسمع منه الحديث، وأخذ عن نصير بن يحيى عن محمد بن سماعة عن أبي يوسف، وتفقّه عليه أبو حامد أحمد بن الحسين المروزي، ذكر الكفوي في الكتائب أن وفاته كانت في سنة ٣٣٦هـ ونقل اللكنوي عن الملا علي القاري أن وفاته كانت سنة ٣٢٦ هـ، ثم قال: وفيه مخالفة لما ذكره الكفوي في تاريخ وفاته. وهذا الذي أثبته القرشي في الجواهر.

ـه في: «الجواهر المضية» برقم ١٤١، «الطبقات السنية» برقم ٢٤٤، «الفوائد البهية» ص٢٦، كتائب أعلام الأخيار برقم ١٥٨.

الموصي، قسم الثلث بينهم وبين فلان على عدد رؤسهم، لأن الوصية وقعت لغير المعين، فيراعى وجوده وقت موت الموصي.

ولو قال: "ثلث مالي لفلان، ولولد عبد الله هؤلاء إن افتقروا" فلم يفتقروا حتى مات الموصي، كان لفلان حصته من الثلث على عدد رؤسهم؛ لأن الإيجاب وقع للمعين، إلا أنه معلق بالشرط، وأنه لا يمنع ثبوت المزاحمة، والله أعلم.

وذكر في "الأمالي" عن أبي يوسف رحمه الله: لو قال: "ثلث مالي لفلان ولمن يولد لفلان مادام فلان حيا" فمات الموصي، ثم ولد لفلان أولاد بعد سنين، كان كل الثلث لفلان، لأن المولود بعد سنين معدوم وقت موت الموصي، فلا يصلح مزاحما لفلان.

وإن ولد لفلان ولد بعد موت الموصي لأقل من ستة أشهر كان الثلث مشتركا بين فلان وبين من ولد لفلان؛ لأن المولود لأقل من ستة أشهر موجود في البطن عند موت الموصي، وهو من أهل الوصية، لأن الوصية للجنين جائزة[1]، فصلح مزاحما.

وذكر أيضا لو قال: "ثلث مالي بين أعمامي وأخوالي، وله عمّ واحد، وخال واحد، فالثلث بينهما، لأنه جعل الثلث مشتركا بين الأعمام والأخوال، وعند أبي يوسف في مثل هذا لا يعتبر الجمع، ولو كان له عمّان وخال، كان الثلث بينهم بالسوية لما قلنا.

ولو قال: "ثلث مالي لأخويّ"، وله أخ واحد، وهو يعلم بذلك أو لا يعلم، فله نصف الثلث، لأنه أوجب الثلث للأخوين إيجابا واحدا، فكان موصيا لكل واحد بنصف الثلث.

ولو قال: "ثلث مالي لأخي هذا"، أو "لأخي الآخر"، فإذا أحدهما ميت، كان

(١) الوصية للحمل صحيحة بلا خلاف، لإن الوصية أخت الميراث، وفي الميراث الجنين في البطن والمولود سواء. انظر «المبسوط» ٢٨/ ٨٦، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٣٣٦.

للحيّ منهما كل الثلث، لأنه أوصى بكل الثلث لكل واحد من الأخوين، فكان النقصان بحكم المزاحمة، والميت لا يصلح مزاحما فلا ينتقص.

ولو قال: "ثلث مالي بين بني فلان وبني فلان" ولأحدهما ثلاثة بنين، وللآخر ابن واحد، فالثلث بينهم على عدد رؤسهم، لأن الكل أهل للوصية، فصار كأنه قال: "ثلث مالي بين هؤلاء".

وإن كانت لأحدهما بنون، وليس للآخر ابن، فالثلث كله لهم، لأنه لو اقتصر على قوله: "ثلث مالي بين بني فلان" كان إيجابا لكل الثلث لهم[1] بالسوية، فإذا ضمّ إليهم المعدوم، صار كأنه اقتصر على الأول.

هذه زوائد ذكرها في الأمالي.

- والله أعلم -

(١) وفي (ج): "بينهم".

باب من الوصايا التي تتغيّر عما أوصى بها

بنى الباب على أن الرجوع عن الوصية صحيح[1]، لأنها تبرّع مضاف إلى ما بعد الموت، والتبرّع النافذ يحتمل الرجوع، فالمضاف أولى.

ثم الرجوع كما يكون بالصريح، يكون بطريق الضرورة، وبطريق الدلالة.

أما الصريح: فظاهر[2]، والضرورة: أن يتغيّر قبل موت الموصي، فيزول اسمه[3]، كما لو أوصى بحنطة، فهبّت بها الريح، وألقتها في طاحونة، فصارت دقيقا ونحو ذلك؛ لأن حكم الوصية تثبت عند الموت بالإيجاب السابق، والإيجاب وقع في مسمّى باسم،

---

(١) الوصية عقد غير لا زم في حق الموصي حتى يملك الرجوع مادام حيا، لأن الموجود قبل موته مجرد إيجاب، وأنه محتمل الرجوع في عقد المعاوضة، ففى التبرع أولى، كما في الهبة والصدقة. ولأنه عقد لايثبت حكمه إلا بعد موت الموصي، فلا يترتّب على الإيجاب أي حق للموصى له قبل ذلك، فيكون بالخيار بين الإمضاء والرجوع. «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٧٨ و٣٩٤.

(٢) هو أن يقول الموصي: "رجعت"، أو "أبطلت الوصية التي أوصيته لفلان" أو فسختها أو نقضتها. «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٩٤.

(٣) أجاد الكاساني في تنقيح هذا النوع، فذكر أن الرجوع الثابت من طريق الضرورة نوعان، أحدهما: أن يتصل بالعين الموصى به زيادة لايمكن تسليم العين بدونها، كما إذا أوصى بسويق ثم خلطه بالسمن، لأن الموصى به اتصل بما ليس بموصى به، بحيث لايمكن تسليمه بدونه، لتعذر التمييز بيثهما، فثبت الرجوع ضرورة، والثاني: أن يتغيّر الموصى به، بحيث يزول معناه واسمه، سواأ كان التغيير إلى الزيادة أو إلى النقصان. «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٨٤.

فلايتناول غير ذلك المسمّى[1].

والرجوع بطريق الدلالة: أن يتصرّف في الوصية تصرفا يدل ذلك على الاعداد لحاجته[2].

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل أوصى لرجل بما في نخله من الكُفَرَّي[3]، فصار بُسرا قبل موت الموصي، بطلت الوصية؛ لأن الوصية قد تغيّرت بتغيّر الإسم والمعنى، فتعذّر تنفيذها في مسمّى آخر، وفي غيرما أوصى.

ألا ترى أن مثل هذا التغيّر لو طرأ على الوكالة، بأن وكل رجلا ببيع الكفري،

---

(١) بيّنه العتابي بوضوح أكثر عند تأصيله للباب فقال: أصل الباب أن الإيجاب متى أضيف إلى عين مسمّى، فإذا صار ذلك عينا آخر بتبدّل اسم الذات، بطل الإيجاب، لأنه لونفذ، لنفذ في غير ما أضيف إليه، وإنه ممتنع. «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق ١٥٩.

(٢) الرجوع دلالة: هوكل تصرف قولي أو فعلي في الموصى به يفيد رجوعه عن الوصية دلالة، وهذا يشمل نوعين: أولا كل تصرف قولي يخرج العين عن ملك الموصي، كأن يبيع الموصى به أو يهبه، أو يتصدّق به، أو يجعل وقفا. وثانيا: كل فعل في الموصى به يدل على الرجوع عن الوصية، كاستهلاك العين الموصى بها معنا، كذبح الشاة الموصى به، وغزل القطن ونسج الغزل، ونحوه مم يغير حقيقة الشيء، ويصبح شيئا آخر غير الموصى به، ويلحق به ما لو تغيّر الشيء بنفسه تغيرا أزال اسمه، كصيرورة العنب زبيبا. راجع «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٧٨، ٣٧٩.

(٣) "الكُفَرَّي": بضمّ الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء، والكافور والكُفَرَّي: كمّ النخل، لأنه يستر ما في جوفه. وأصله من (الكَفْر)، وهو الستر، قال ابن فارس: الكافور: كمّ العنب قبل أن ينوّر، لأنه كفَرَ الوليعَ - الطلع - أي غطّاه ويقال له: الكُفَرَّي. راجع: «المصباح المنير» ص ٥٣٥، و«المغرب» ٢/ ٢٢٥.

فصار بُسرا[1]، تبطل الوكالة، فكذلك الوصية؛ لأنها تغيّرت من النقصان إلى الزيادة، والرضى بتمليك الأدنى لا يكون رضى بتمليك الأعلى، كما قلنا في الوكالة.

ولأنه لما صار بسرا قبل التمام، صار كأنه قال عند الموت: أوصيت لك بهذا الكفري، وهو بسر، وبه لا تصح الوصية؛ لأنهما جنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمعنى، فإن الكفري عددي، والبسر وزني، ولهذا يجوز بيع أحدهما متفاضلا، وفي الجنسين إذا اجتمعت الإشارة والتسمية في العقد، يتعلق العقد بالمسمّى، والمسمّى معدوم فلا يصح.

وكذا لو قال: أوصيت لك بهذا البسر، فصار رطبا قبل موت الموصي، بطلت الوصية، لما قلنا في الفصل الأول.

فإن قيل: في الفصل الأول اختلف الجنس، وههنا لم يختلف، ولهذا لايجوز بيع البسر بالرطب متفاضلا، بخلاف الفصل الأول.

قلنا: لا، بل اختلف الجنس لاختلاف الاسم والمعنى، وإنما لايجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لمكان شبهة المجانسة في الحال، لفرضية المجانسة بينهما في الثاني، بأن يصير البسر رطبا، وشبهة المجانسة بعد أن تبدل الاسم والمعنى لا تكفي لنفاذ الوصية، ألا ترى أنه لو أوصى بالحنطة، فصارت دقيقا قبل موت الموصي، بطلت الوصية، لتبدّل المجانسة بتبدل الاسم والمعنى، وإن كان بينهما شبهة المجانسة، حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا.

ولأن الوصية تغيّرت من النقصان إلى حالة الكمال، والإنسان قد يوصي بشيء

---

(١) البُسر: من ثمر النخل معروف، وقلا ابن الفارس: البسر من كل شيئ الغَضّ، ونبات بسر: أي طريّ. «المصباح المنير» ١/ ٤٨.

لتَفَاهَتِه، ثم يَضِنّ به إذا كمل حاله، فإذا تركه على النخيل حتى تمّ حاله، كان ذلك دلالة لرجوع.

فرق بين الوصية وبين البيع: إذا باع كفري على أنه بالخيار لشهرين، جاز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، فإن ترك على النخيل حتى صار بسرا أو رطبا لا يبطل البيع.

والفرق أن الوصية تصير سببا عند الموت؛ لأنها تعليق بالموت، والمعلق بالشرط عدمٌ قبله، ولهذا يثبت الملك في الوصية بعد الموت مقصورا عليه، ولا يستحق الموصى له شيئا من الزوائد التي حدثت قبل موت الموصي، فلو أبقينا الوصية بعد التغيّر، لَنَفذنا الوصية في غير ما أضيف إليه الوصية، فلا يجوز.

أما البيع بشرط الخيار سبب في الحال؛ لأن البيع لا يقبل التعليق والإضافة، وأثر الخيار في منع الحكم، ولهذا يثبت الملك بعد سقوط الخيار من وقت العقد، حتى كانت الزوائد كلها للمشتري، فتغيّر المبيع قبل سقوط الخيار لا يبطل البيع.

ولهذا لو اشترى عبدا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، أو عصيرا، فقتل العبد، وتخلّل العصير قبل سقوط الخيار، لا يبطل البيع.

ولو أوصى بعبد أو عصير، فقتل العبد قبل موت الموصي، وتخلل العصير تبطل الوصية، لما قلنا.

ولو أوصى ببسر صغار، فكبرت قبل موت الموصي، لا تبطل الوصية؛ لأن العين لم تتبدل بدليل بقاء الاسم والمعنى، ولم تخرج من التفاهة إلى الكمال، فلا تبطل الوصية.

وكذا لو أوصى بحمل، فصار كبشا قبل موت الموصي، لا تبطل الوصية.

وكذا لو أوصى بوصيفة، فكبرت؛ لأن الحيوان بمضيّ الزمان لا يصير جنسا آخر؛

لأن معناه لايتغيّر، وكذا الاسم لا يزول، يقال: "هذا الكبش حمل هذه النعجة"، فلا تتبدل عنه.

ولو أوصى بالرطب، فصار تمرا قبل موت الموصي، في القياس تبطل الوصية، وفي الاستحسان لا تبطل[1].

وجه القياس أنه زال الاسم والمعنى، فيختلف جنسه[2]، ولهذا لو حلف: لا يأكل رطب، فأكل تمرا، لا يحنث.

وجه الاستحسان: أن الجنس لم يختلف؛ لأنه لم يحدث له اسم لم يكن؛ لأن الرطب له اسمان: الرطب والتمر، وبالجفاف زال أحدهما، وبقي الآخر، فإذا لم يحدث له اسم، لم يكن، كان الاسم باقيا من وجه دون وجه، ولم يبطل معناه أيضا، بل فات بعض المعاني، وبمثل هذا لا يختلف الجنس، ولهذا جاز استيفاء أحدهما بالآخر في السَلَم، فلا تبطل الوصية الشك.

وإنما لا يحنث في اليمين، لا لتبدل الجنس، بل لزوال الداعي، لأن اليمين تتقيد بالداعي. ألا ترى أن الأمير إذا حلّفَ رجلا أن يرفع إليه كل داعر يعرفه في البلد، تتقيّد اليمين بحال قيام السلطنة.

ولو قال: أوصيت لك بهذا العنب، فصار زبيبا قبل موت الموصي، بطلت الوصية.

فرق بينه وبين الرطب إذا صار تمرا، واختلفوا في الفرق بين الفصلين، قال بعضهم: إنما افترقا؛ لأن التفاوت بين العنب والزبيب فاحش، ولهذا ينقطع حق المالك في الغصب،

---

(١) «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٨٥.

(٢) لتغيّر الموصى به، وهو الرطب من الرطوبة إلى اليبوسة، وزوال اسمه. انظر «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٨٥.

أما التفاوت بين الرطب والتمر يسير، ولهذا لا ينقطع حق المالك في الغصب، بل يخير[1].

وقال بعضهم: إنما افترقا لأن العنب لا يصير زبيبا إلا بالمعالجة، والمعالجة[1] والإعداد للحاجة دلالة الرجوع، كما لو ذبح الشاة الموصى بها، أما الرطب يصير تمرا بدون المعالجة، فلم توجد دلالة الرجوع، وعن هذا انقطع حق المالك في غصب العنب، ولم ينقطع في التمر؛ لأنه يعتمد إحداث الصنعة المتقومة.

ولو أوصى ببقل، فصار حبا، أو بقَصيل[2]، فانعقد الحب، وصار شعيرا، أو ببَيض، فحضنت عليه الدجاجة، وأخرجت فرخا، بطلت الوصية.

وكذا لو أوصى بحنطة في أرض، فأصابها ماء فنبتَت، بطلت الوصية؛ لأن العين قد تبدلت لزوال الاسم والمعنى.

ثم شبّه في الكتاب الوصيةَ بهذه الأشياء بالتوكيل بالبيع، فما يبطل به التوكيل بالبيع، تبطل به الوصية، وما لا فلا. لأن كل واحد منهما عقد غير لازم، لا يفيد الحكم في الحال، وإنما يفيد المقصود في الثاني، فاستويا.

هذا إذا تغيّرت الوصية قبل موت الموصي، فإن تغيّرت بعد موته، لا تبطل

---

(١) فلو غصب غاصب رطب انسان، فصار تمرا في يده، لاينقطع حق المالك، بل يكون له الخيار إن شاء أخذه تمرا، وإن شاء ضمنه رطبا مثل رطبه. «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٨٥.

(١) "والمعالجة" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "القصيل": من القَصل، وهو قطع الشيء، والقصيل: الشعير، يُجزّ أخضر لعلف الدوابّ، وقال المطرزي: إن الفقهاء يسمّون الزرع قبل إدراكه قَصيلا، وهو مجاز. «المغرب» ٢/ ١٨٣.

الوصية[1]؛ لأن السبب قد تمّ، فالتغيّر بعد ذلك لا يبطل العقد، كالتغيّر في البيع بشرط الخيار، ولهذا لو حدثت الزيادة قبل موت الموصي من ولد أو نحوه، [لا تبطل][2]، ولا يدخل الولد في الوصية.

ولو حدثت الزيادة بعد موت الموصي، تدخل الزيادة في الوصية.

ثم الأمر بعد ذلك على وجهين: إن حصل التغيّر بعد القسمة، فهو للموصى له خاصة، لأن قسمة الكفري على رأس النخيل جائزة، لإمكان تعديل الأنصباء؛ لأنه عددي، وإذا جازت القسمة كان التغيّر حاصلا على ملكه.

فإن كان الترك على النخيل بإذن الورثة، طاب الفضل، وإن ترك بغير إذن، لا يطيب، ويتصدق بالز[illegible] عرف في البيع.

وإن حصل التغيّر قبل القسمة، لا تبطل أيضا، لما ذكرنا، لكن يعتبر بخروج الكل من الثلث، لما مرّ قبل هذا: أن التركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت، حتى تقضى منه ديونه، وتنفذ منه وصاياه، فيعتبر خروج الكل من الثلث.

فإن ضاق [الثلث][3] عن الأصل والزيادة، عند أبي حنيفة رحمه الله تنفذ الوصية أوّلا في الأصل، ثم تكمل من الزوائد.

وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تنفذ الوصية في الأصل والزوائد بقدر الثلث شائعا، كما في الولد المولود قبل القسمة، بعد موت الموصي، وتطيب الزيادة للموصى له على كل حال؛ لأن الأصل مع الزيادة مبقاة على حكم ملك الميت، والموصي رضي بتركه

---

(١) «بدائع الصنائع» ٧. ٣٨٥.

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج) و (د): وفي الأصل: "ضاق الأصل" وهو خطاء.

على النخيل، فكان الترك حاصلا بحق.

ألا ترى أنه لو أوصى بالكفري، فصار الكفري رطبا، بعد موت الموصي، قبل القسمة، ولم يخرج من الثلث، حتى ردّ البعض على الورثة، طاب الفضل لهم، مع أن الأصل لم يكن ملكا لهم، وإنما طاب لهم، لما قلنا. كذلك الموصى له، وكذلك سائر الزوائد.

ولو أوصى ببُسر، فصار بعضه رطبا قبل موت الموصي، وبقي البعض بسرا، كان لكل بعض حكم نفسه، تبطل الوصية فيما صار رطبا، وتبقى فيما بقي، إلا أن يكون ذلك رطبة، أو رطبتان، فذلك لا يبطل الوصية استحسانا، ويكون الكل للموصى له.

وكذا لو قال: أوصيت لك بهذا البسر، وفيها رطبة أو رطبتان، دخل الكل في الوصية استحسانا؛ لأن هذا القدر مما لا يمكن الاحتراز عنه، فلا يعتبر[1].

كما لو حلف لا يشتري رطبا، فاشترى كبَاسَة[2] بُسر، فيها رطبة أو رطبتان، لا يحنث. وكذا لو حلف لا يشتري شعيرا، فاشترى حنطة، فيها حبات شعير، لا يحنث، لما قلنا[3].

- والله أعلم.

---

(١) وفي (ج) و (د): "فلا يتغير".

(٢) "الكبَاسَة": عنقود النخل، والجمع: كبائس. «المصباح المنير» مادة: كبس، ص ٥٢٤.

(٣) تقدّمت هذه المسألة في كتاب الأيمان، باب اليمين التي تقع على بعض ما حلف دون بعض، ص ١٧٦، ووجه عدم الحنث في المسألتين أن المحلوف عليه دخل في البيع تبعا، فلا يحنث، وذكر الكاساني الأصل فيه بأن مَن حلف: لايشتري شيئا، فاشترى غيره، ودخل المحلوف عليه في البيع تبعا، لم يحنث، وإن دخل مقصودا، يحنث. انظر «بدائع الصنائع» ٣/ ٨١.

باب من الوصايا التي تقع للموصى له بعد غيره من الوصايا وما يصدق فيه وما لا يصدق

ذكر في الباب فصولا خمسة: الوصية بدَين مجهول، وإعتاق عبد لا يعلم قيمته، والإقرار بدين مجهول، والبيان إذا اتصل بهذا المجهول، وإذا كان على الميت دين مجهول القدر.

والأصل فيه: أن من أنكر حقا لم يعرف ثبوته، كان القول قوله؛ لأنه تمسّك بالأصل[1].

ومن ادّعى بطلان حق عرف ثبوته، لا يقبل قوله إلا بحجة؛ لأنه يدعي أمرا عارضا[2].

(١) ذكر العتابي هذا الضابط بقوله: أصل الباب أن حق الموصى له متى لم يعرف ثبوته بأن لم يعلم محل حقه، فالقول قول الورثة، لإنكارهم ثبوت الحق له، ومتى عرف ثبوته بأن علم محل حقه، فالقول قول الموصى له. «شرح الزيادات» للعتّابي، لوحة: ١٥٦.

(٢) ذكر قاضي خان هاتين القاعدتين في مواضع من الكتاب، فقال في كتاب الإقرار: من أنكر حقا على نفسه، كان القول قوله، لأنه متمسك بالأصل: وهو فراغ الذمة. ومن أقر بسبب الضمان، وادعى ما يُسقطه، لا يصدق إلا بحجة، لأن صاحبه متمسك با لأصل في إبقاء ما كان". ص ١٨٦٢. والأصل في الإقرار: هو اللزوم والبقاء.

وقال الحَصيري: من أقرّ بسبب موجِب للضمان، ثم ادّعى البراءة عنه، لا يصدّق إلا بالبينة، أو بتصديق المدّعى عليه، ومتى أنكر سبب وجوب الضمان، كان القول قوله مع اليمين، لأنه في

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

رجل أوصى لآخر بما عليه من الدين، وأوصى لآخر بما بقي من ثلث ماله، ثم مات، وترك ألفي درهم عينا، فقالت الورثة: كان الدين على الغريم ألف درهم، ولم يبق من الثلث شيء، وقال الموصى له ببقية الثلث: كان الدين على الغريم خمسمائة، وبقي من الثلث ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، فلي بقية الثلث، فالقول في ذلك قول الورثة، لأن محل الوصية الثانية ما يبقى من الثلث، فإذا أنكروا وجود ذلك، والوصية لا يثبت إلا في محلها، فقد أنكروا ثبوت الوصية.

ولو أنكروا الوصية الثانية أصلا، كان القول قولهم؛ لأنهم أنكروا حقا لم يعرف ثبوته، فكذلك ههنا، يكون القول لهم، مع أيمانهم على علمهم؛ لأنهم ينكرون دَينا على غيرهم.

ولا يقبل قول الغريم في ذلك وإن كان ينكر زيادة الدين على نفسه، لأن إنكاره شهادة على الورثة بثبوت الحق الثاني في المال العين، وإنما يقبل قول الغريم في رفع الاستحقاق عن نفسه، لا في إثبات حق على الغير[1].

الوجه الأول مدعي، ومجرّد الدعوى لا يصلح سببا للاستحقاق... ثم استشهد على ما قرّره من القواعد بقوله عليه الصلاة والسلام: «لو يُعطى الناس بدعواهم، لادّعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر» أخرجه الإمام مسلم بسنده عن ابن عباس رضي الله عنه، في الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه، الحديث: ٤٤٤٥.

وانظر: «التحرير في شرح الجامع الكبير» ٢/ ورق٢٠٧، «نكت الجامع الكبير» للكرماني، ورق ١٢٥، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٢٣٣.

(١) لما تقرر عند الفقهاء أن إقرار الإنسان حجة على نفسه، وليس بحجة على غيره، وأن إقرار الإنسان يقتصر عليه، ولا يتعدّى إلى غيره. راجع ص ١٥٩٨ من هذا الكتاب.

ألا ترى أنه لو قال الغريم: لم يكن عليّ دين أصلا، وصدّقه الموصى له ببقية الثلث، لا يقبل قوله على الورثة لما قلنا.

ولهذا لو كان الموصى له ببقية الثلث هو المديون، بأن قال لغريمه: أوصيت لك بما عليك من الدين، وأوصيت لك أيضا بما بقي من ثلث مالي، ثم مات، وترك ألفي درهم عين، فقالت الورثة: كان الدين عليك ألفي درهم، فيرجع عليك بالزيادة على الثلث، وقال الغريم: كان الدين عليّ خمسمائة، ولي أن أرجع عليك بما بقي من الثلث، لا يرجع أحدهم بشيء على الآخر، ويكون [القول][1] في مقدار الدين إلى الألف قول الورثة، حتى لا يأخذ الموصى له شيئا من المال العين، ويكون القول في إنكار الزيادة على الألف قول الغريم، حتى لا يرجع الوارث عليه بشيء، ويقبل قوله في دفع الاستحقاق عن نفسه، لا في إثبات الاستحقاق، فكذلك ههنا.

ولو بدأ فقال: أوصيت لفلان بما بقي من ثلث مالي بعد الدين على فلان، ثم أوصى للغريم بما عليه من الدين فكذلك، التقديم والتأخير فيه سواء؛ لأن الوصية إيجاب عند الموت، فيعتبر اجتماع الوصيتين عند الموت.

ولو أوصى للغريم بما عليه من الدين، وأوصى لآخر بألف درهم مرسل من ماله، ثم مات، وترك ألفي درهم عين، ثم اختلفوا في قدر الدين، فقال الموصى له بالألف: كان الدين على الغريم خمسمائة، فهو يضرب في الثلث بخمسمائة، وأنا أضرب بألف درهم، وثلث ماله ثمانمائة وثلاثون وثلث، فلي ثلثا الثلث، والثلث للغريم، فوجب أن يحسب له من دينه مقدار ثلث الثلث، وذلك مائتان وسبعة وسبعون وسبعة أتساع درهم، ويؤدي الباقي، إلا أنه مفلس، فما بقي عليه يعتبر تاويا، ويجعل بيني وبين الورثة على قدر

(1) ما بين المعكوفتين ساقط من (ج) و (د).

حقوقنا، ويقسم المال العين بيني وبين الورثة على قدر حقوقنا، وحق الورثة في ستة؛ لأنا جعلنا الثلث على ثلاثة، فيكون الثلثان ستة، فحق الورثة في ستة، وحقي في سهمين، فكان لي ربع المال العين، وذلك خمسمائة.

وتقول الورثة: بل كان الدين على الغريم ألف درهم، فلك نصف الثلث سهم من ستة، ولنا الثلثان أربعة، فيكون المال العين بيننا أخماسا، فلك من المال العين أربعمائة.

وقال الغريم كان الدين عليّ ألف درهم، كما قال الوارث، فإن القول يكون قول الموصى له بالألف؛ لأن الوصية معلومة، ولا يتعلق ثبوتها بالدين، فصار ثلث العين مستحقا له من حيث الظاهر، فالورثة بدعواهم زيادةً في الدين يريدون إبطال حقه، وهو ينكر، فكان القول قوله مع يمينه على العلم.

فإذا خرج ما على الغريم يوما من الدهر، يريد به أنه أيسر قبل قسمة المال العين، فإنه يعامل في حق الورثة كأن الدين ألف درهم، إن كان الغريم صدقهم، ولو كان الدين باتفاقهم ألف درهم، كان للورثة ألف درهم تامة، ويعامل مع الموصى له بألف، كأن الدين خمسمائة.

ولو كان الدين خمسمائة باتفاقهم، كان ثلث مال الميت ثمانمائة وثلاثة وثلاثون وثلثا، وذلك يكون بين الغريم وبين الموصى له بالألف أثلاثا، الثلث وهو خمس مائة وخمسة وخمسون وخمسه أتساع درهم يكون للموصى له بالألف[1]، فيأخذ هذا القدر من المال العين؛ لأنه أيسر، وترجع الورثة على الغريم بتمام حقهم في زعمهم وزعم الغريم، وحق الورثة في زعمهم ألفا درهم، فترجع الورثة على الغريم بمثل ما أخذ الموصى

(١) قوله: "أثلاثا، الثلث وهو خمس مائة وخمسة وخمسون وخمسه أتساع درهم يكون للموصى له بالألف" ساقط من (ج) و (د).

له بالألف من المال العين، وذلك خمسمائة وخمسة وخمسون وخمسة أتساع درهم، ليتمّ لهم ألف درهم، ويبقى للموصى له بالدين أربعمائة وأربعة وأربعون وأربعة[1] أتساع درهم.

فإن قيل: ينبغي أن ترجع الورثة على الغريم بخمسمائة درهم، لا بالزيادة، لأن في زعم الورثة أن الدين كان ألف درهم، وأن حق الغريم في نصف الثلث، وذلك خمسمائة درهم، وحق الموصى له بالألف كذلك، إلا أن الموصى له بالألف أخذ الزيادة على الخمسمائة من المال العين ظلما، ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره.

قلنا: نعم في زعم الورثة أن الموصى بالألف أخذ زيادة على حقه، لكن من محل الوصية، وهو ثلث المال؛ لأنه أخذها بطريق الوصية، فكان هلاك ذلك على الغريم خاصة.

[وكذا لو قسّموا العين، ثم خرج الدين، فإنه يدفع إلى الموصى له إلى تمام حقه بزعمه، وذلك خمسمائة وخمسة وخمسون وخمسة أتساع، وإلى الورثة إلى تمام ألفي درهم، وذلك أربعمائة وأربعة وأربعون وأربعة أتساع][2].

ولو أوصى لغريمه بما عليه من الدين، وهو مفلس، وأوصى لآخر بثلث ماله، وكان الوصية بالألف، ثم اختلفوا في قدر الدين، والمسئلة بحالها، كان القول في ذلك قول الموصى له بالثلث. وهذا وما تقدم سواء، هكذا ذكر في عامة الروايات.

وذكر في بعض الروايات: أن القول في ذلك قول الورثة.

وجه ما ذكر في بعض الروايات: أن الموصى له بالثلث يدعي لنفسه زيادةً ينكرها

---

(١) "وأربعة" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "لم ترد" هذه الفقرة كلها في الأصل، وأثبت من (ج) و (د).

الورثة، فكان القول قول الورثة.

وجه عامة الروايات: أن الوصية بالثلث وصية بمال معلوم لا يتعلق ثبوتها بقدر الدين، فيتعلق حقه بثلث ما ترك، لو انتقص حقه إنما ينتقص بحكم المزاحمة. والورثة بدعواهم زيادة في الدين يريدون إبطال حقه؛ لأن صاحب الثلث يقول: الدين على الغريم خمسمائة، ومال الميت ألفان وخمسمائة، وثلث ماله ثمانمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، فوصيتي بثمانمائة وثلاثة وثلاثين وثلث، و وصية الغريم بخمسمائة، فهو يضرب بخمسمائة، وأنا أضرب بثلث مال الميت، فيجعل كل مائة وستة وستين وثلثي درهم سهما، فيكون حقي في خمسة أسهم، وحق الغريم في ثلاثة أسهم فيقسم الثلث سهما على ثمانية أسهم فلي خمسة أثمان الثلث وللغريم ثلاثة أثمان الثلث[1].

وإذا صار ثلث مال الميت على ثمانية، كان ثلثا المال ستة عشر، وكل المال أربعة وعشرون، فيحسب الغريم من دينه ثلاثة أثمان الثلث، وذلك ثلثمائة واثني عشر ونصف، ويؤدي الباقي، إلا أنه مفلس، فيجعل ما عليه بمنزلة الهالك، ويقسم المال العين بيني وبين الورثة على حقوقنا، وحقي في خمسة أسهم، وحق الورثة في ثلثي المال، وذلك ستة عشر، فكانت الحقوق أحدا وعشرين، ولي خمسة من أحد وعشرين من المال العين.

وفي زعم الورثة أن الدين على الغريم ألف، وجميع ماله ثلاثة آلاف، فوصية الغريم بألف درهم، و وصية الآخر كذلك، فيقسم الثلث بينهما نصفين.

وإذا صار الثلث على سهمين كان الثلثان على أربعة، والكل على ستة، حق الورثة في أربعة، وحق الغريم في سهم، وحق الموصى له في سهم، فإذا توى ما على الغريم، يقسم المال العين بيننا على قدر حقوقنا، وحقنا في أربعة، وحق الموصى له بالثلث في

(١) من قوله: "اسهم فيقسم الثلث إلى قوله "ثلاثة" ساقط من (ج) و (د).

سهم، فيقسم المال العين بيننا على خمسة، فيكون في زعم الورثة للموصى له خمس المال العين، وفي زعم الموصى له خمسة من أحد وعشرين، وأنه أكثر من الخمس، فلا يقبل قول الورثة في زيادة سقوط من حق الموصى له. فلو أيسر الغريم، وخرج ما عليه من الدين قبل قسمة المال العين، يعامل الورثة مع الغريم كأن الدين ألف.

ولو كان الدين ألفا باتفاقهم، كان للورثة ألفا درهم تامة، ويعامل الورثة مع الموصى له بالثلث كأن الدين خمسمائة، ولو كان الدين باتفاقهم خمسمائة، كان للموصى له بالثلث خمسة أثمان، ثمانمائة وثلاثة وثلاثين وثلث، لما قلنا. فيأخذ الموصى له بالثلث ذلك من المال العين؛ لأنه أيسر، وحقه مقدم على حق الورثة، وترجع الورثة على الغريم بتمام حقهم في زعمهم، فيرجعون عليه بمثل ما أخذ الموصى له بالثلث من المال العين، ليصل إليهم تمام الألفين.

ولو كان الموصى له بالثلث هو الغريم، وقد أوصى له بدينه أيضا، ثم مات، وترك ألفي درهم عين، فادعى الغريم أن الدين عليه مائة، وأن مال الميت ألفان ومائة، وثلث ماله سبعمائة، فلي ثلث ماله، مائة دين، وستمائة من العين، وقالت الورثة: لا، بل الدين عليك ألف درهم، ولا شيء لك من المال العين، كان القول في ذلك قول الموصى له؛ لأن الوصية بالعين ثبت بعضها في المال العين، فلا يقبل قول الورثة في إبطال ذلك إلا بحجة.

الفصل الثاني:

رجل أعتق في مرضه عبدا، وأوصى لآخر بما بقي من الثلث، فمات، وترك ألفي درهم عين، ومات العبد قبل أن تعلم قيمته، فقال الموصى له ببقية الثلث، كانت قيمة العبد خمسمائة، ولي ما بقي إلى تمام الثلث، وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، وقالت الورثة: كانت قيمة العبد ألف درهم، ولم يبق من الثلث شيء، فالقول قول الورثة؛ لأنهم اختصموا في محل وصيته، وهو ما يبقى من الثلث، فكان القول في الإنكار قول الورثة مع

أيمانهم على علمهم.

فإن أقام الموصى له [1] البينة أن القيمة كانت خمسمائة، قضى بها؛ لأنه أثبت حقه بالبينة، فإن أقامت الورثة البينةَ مع ذلك أن قيمته كانت ألف درهم، كانت بينة الورثة أولى؛ لأنها تثبت زيادة في القيمة.

فإن قيل: بينة الورثة إن أثبتت زيادة في القيمة، فبينة الموصى له تثبت له زيادة الاستحقاق من الباقي، فلماذا رجحت بينة الورثة؟

قلنا: نعم، الموصى له أثبت لنفسه زيادة الحق، فالورثة أيضا أثبتوا لأنفسهم زيادة الاستحقاق، فاستويا من هذا الوجه، إلا أن الورثة يثبتون زيادة الاستحقاق بإثبات الزيادة في القيمة [2]، والموصى له يثبت لنفسه زيادة الحق، لا بإثبات الزيادة من حيث اللفظ بل بالنفي، فلم تكن مثبتة لفظا، فتترجح بينة الورثة؛ لأنها مثبتة لفظا ومعنى؛ وقد عرف نظيرها في المضاربة وغيرها، ولأن الورثة أثبتوا البراءة عما أثبتها بينة الموصى له، فيقضى ببينتهم.

ولو مات ولم يوص بما بقي من الثلث، لكنه أوصى بثلث ماله لآخر، والمسئلة بحالها، كان القول قول الموصى له مع يمينه، ويعطى له من المال العين ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث؛ لأن وصيته ظاهرة لقيام محلها، وهو ثلث المال، فلا يقبل قول من يدعي بطلانَها إلا بحجة.

ولا يقال: بأن الوصية بالمال مرتبة على الإعتاق حكما؛ لأن الوصايا إذا اجتمعت

---

(١) وفي (ج) و (د): "الموصى به". وهو خطاء.

(٢) وفي (ج) و (د): "القسمة"، وما ثبت أصح.

وفيها عتق، يبدأ بالعتق[1]، ولو كانت مرتبة في الإيجاب، بأن أوصى له بما يبقى من الثلث، كان القول فيه قول الورثة، فينبغي أن يكون القول ههنا قول الورثة.

لأنا نقول: ثمة الإيجاب حصل مرتبا، فلا يقضى بثبوت الوصية بما بقي ما لم يظهر محلها، أما هنا محل الوصية قائم، وهو الثلث، فكانت الوصية ظاهرة، والتأخير في الحكم لا يوجب الترتيب في الإيجاب؛ لأن هذا حكم يشتبه على الفقهاء، فكيف لا يشتبه على العامّي.

ألا ترى أن في هذا الوجه لو أجازت الورثة وصيته، يعطى له ثلث المال، وإن كان العين مستغرقا للثلث، وفي الوصية بما بقي من الثلث، وإن أجازت الورثة لا يستحق صاحب الوصية[2] شيئا ما لم يفضل من الثلث شيء.

ولو كان المولى لم يوص لأحد، ولكنه أعتق عبداً آخر له في مرضه، قيمته ألف درهم، ثم مات، وترك ألفي درهم عين، ومات أحد العبدين، ولايدرى قيمته، فقالت الورثة للعبد الحي: كانت قيمة الميت ألف درهم، وكان الثلث بينكما نصفين، وتوى على الميت خمسمائة، فيقسم الباقي بيننا على قدر حقوقنا، وقد كان حقك في نصف الثلث سهم من ستة، وحقنا في الثلثين، وذلك أربعة أسهم، فأنت تضرب بسهم، ونحن نضرب بأربعة، فيكون لك خمس الألفين، وذلك أربعمائة، ويسعى في ستمائة.

وقال العبد الحيّ: كانت قيمة العبد الميت خمسمائة، وقيمتي ألف درهم، وثلث ماله وهو ثمانمائة وثلاثة وثلاثون، وثلث بيني وبين العبد الميت أثلاثا، وقد توى على الميت

---

(١) انظر: «مختصر الطحاوي» ص ١٦٠، و «مختصر اختلاف العلماء» لأبي بكر الجصاص، ٥/ ١٦، و«المبسوط» ٦/٢٨.

(٢) وفي (ج) و(د): "صاحب الثلث".

بعض المال، فأنا أضرب بسهمين من تسعة، وأنتم تضربون بستة، فيكون لي ربع المال العين، وذلك خمسمائة، فإن القول فيه يكون قول العبد الحي؛ لأن الإعتاق في المرض وصية له بقيمته؛ وقيمته ظاهرة؛ فلا يصدق من يدعي بطلان حقه؛ إلا بحجة، فإن أقاموا البينة، يقضى ببينة الورثة؛ لأنها أكثر إثباتا، على ما قلنا.

وكذا لو لم يكن المولى أعتق العبد الحي، ولكنه أوصى بأن يعتق عنه هذا العبد، ثم اختلفوا في قيمة العبد الذي مات، فهذا والأول سواء، لما قلنا أن وصيته ظاهرة، فلا تصدق الورثة في إبطالها.

ثم قال محمد في الكتاب: ويسعى العبد الحي إلى تمام الثلثين.

أراد بذلك بعد قسمة ما توى على العبد الميت، فإن العبد الحي يقول: كان حق العبد الميت في ثلث [ثلث][1] مال الميت، وذلك ثمانمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، وهو مائتان وسبعة وسبعون وسبعة أتساع درهم، فإذا مات صار مستوفيا وصيته هذا القدر، ونوى ما زاد على هذا إلى تمام الخمسمائة، وذلك مائتان واثنان وعشرون وتسعان، فانقسم ما توى عليه بيني وبين الورثة على قدر حقوقنا أرباعا، للورثة من ذلك التساوي ثلاثة أسهم، وذلك مائة وستة وستون وثلثان، إذا ضمّ هذا إلى الخمسمائة التي يسعى فيها العبد الحي، يصير ستمائة وستة وستين وثلثين، فيسلم لهم من حيث المعنى من الألف العين ثلثا مال الميت، وذلك ألف وستمائة وستة وستون وثلثان، فهو معنى ما قال محمد: أن العبد الحي يسعى إلى تمام الثلثين.

الفصل الثالث:

رجل عليه دين، فأوصى لرجل بثلث ماله، أو بأن يعتق عبد بعينه، فقالت الورثة

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ج) و (د).

بعد موته: الدين على الميت ألف درهم، وصدّقهم صاحب الدين، وقال الموصى له: لا بل هو مائة، فالقول في ذلك قول الموصى له، وله ثلث ما يبقى بعد الدين على قوله، ويصدق الورثة على أنفسهم، لما قلنا.

الفصل الرابع:

رجل أوصى لرجل بما بقي من ثلث ماله، وقال: لفلان عليّ دين، فصدّقوه، أو لا يقول: إذا قال المريض: لفلان عليّ دين فصدقوه.

فيه قياس واستحسان، في القياس لا تصح الوصية، ولا يصدق مدعي الدين إلا ببينة، و في الاستحسان تصح هذه[1] الوصية، ويصدق مدعي الدين إلى ثلث ماله من غير بينة[2].

وجه القياس: أن هذه وصية بما يخالف حكم الشرع؛ لأن حكم الشرع أن لا يصدق المدعي إلا بحجة[3]، فلا تصح هذه الوصية، كما لو قال: إذا أقام رجل شهودا فُسّاقا على الدين، فاقبلوا وأعطوه؛ فإنها لا تصح قياسا واستحسانا.

وجه الاستحسان: أن الموصى له سلّطه على ماله، وهو محتاج إلى هذا التسليط؛ فإن الإنسان قد يكون بينه وبين صاحب الدين قضاء وإيفاء، ولا يعرف قدر الباقي، فيحتاج إلى تفويض الأمر إليه، احترازا عن الكذب، وأنه يملك التبرع للمعلوم بثلث ماله، فيملك

---

(١) "هذه" ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر «مختصر اختلاف العلماء» لأبي بكر الجصاص، ٥/ ٣٦، ٣٧.

(٣) قال اللكنوي معلّقا على قوله: "فصدّقوه": مخالف لحكم الشرع؛ لأن المدعي لا يصدق من غير حجة، فبطل، لكن قصده من هذا تقديمه على الورثة، فكان وصية، فلا يزاد على الثلث. انظر «النافع الكبير شرح الجامع الصغير» للعلامة عبد الحي اللكنوي، ص ٥٢٢.

التسليط بقدر الثلث.

إذا ثبت هذا نقول: إذا أوصى لآخر بما بقي من الثلث، إن ادعى الطالب مقدار الثلث، كان جميع ذلك له، ولا يكون للثاني شيء؛ لأنه أوصى له ببقية الثلث، ولم يبق، وإن ادعى صاحب الدين أقلّ من الثلث، كان له ذلك، وبقية الثلث للثاني، وإن ادعى أكثر من الثلث، يصدق إلى الثلث لما قلنا.

وإن قال: "لفلان عليّ دين، فصدّقوه"، وأوصى لآخر بثلث ماله، كان الثلث للموصى له بالثلث؛ لأن حقه ظاهر معلوم، وحق الآخر موهوم، يتوقف ثبوته على الدعوى، وعسى لا يدعي شيئا، والحق المعلوم أقوى من الموهوم، فيبدأ بالأقوى.

ثم يقال للموصى له: إن الميت قد أقرّ له بالدين، وأمر بالتصديق، ولابد أن يقرّ له بشيء، فإن أقرّ له بشيء، وصدّقه الورثة في ذلك، كان ثلث ذلك على الموصى له بالثلث، والثلثان على الورثة؛ لأن الورثة لما أقرّوا، صار الدين شائعا في التركة، وأنه مقدم على الميراث والوصية، فيؤخذ الدين منهم بحساب ما كان في أيديهم من التركة.

وإن كذّبه الورثة فيما أقرّ، وأقرّوا له بأقلّ من ذلك، فما زاد على ما أقرّ به الورثة، يكون على الموصى له؛ لأن إقراره حجة عليه، دون غيره، فلا يسلم له شيء من الوصية ما بقي شيء من دين المدعي. والمسألة في «الوصايا»[1]، و«الجامع الصغير»[2].

الفصل الخامس:

رجل قال: لي على فلان خمسمائة درهم، ليس عليه غيرها، فأوصيت له بمالي عليه، وأوصيت لفلان بما بقي من الثلث، ثم مات، وترك ألفي درهم عين، فقال الموصى

---

(١) أي "الوصايا" من «كتاب الأصل» للشيباني، وهذا الجزء من الكتاب مازال مخطوطا لم يطبع.

(٢) وانظر «الجامع الصغير» ص ٥٢٢.

له ببقية الثلث: الدين على الغريم خمسمائة، وقال الورثة: الدين ألف درهم، ولا شيء لصاحب البقية، وصدّقهم الغريم في ذلك، لا يقبل قول الورثة؛ لأن الورثة خلفاء عن الميت، وقد كذبهم الميت في دعوى الزيادة، وصح تكذيبه.

ألا ترى أنه لو قال: "ليس لي على فلان شيء"، يصح منه ذلك، حتى لا تسمع دعوى الورثة، كذلك ههنا و إذا صح تكذيبه، وجب البناء عليه، [حتى][1]كان للموصى له بقية الثلث، ما زاد على الخمسمائة إلى تمام الثلث، وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، يأخذها من المال العين.

ثم ترجع الورثة على الغريم بما أخذ من الموصى له من المال العين؛ لأن الورثة مع الغريم تصادقوا على أن حق الورثة في ألفى[2] درهم، وما أخذ الموصى له الثاني من المال العين أخذها بجهة الوصية، فيجعل هلاك ذلك على الغريم خاصة، فيؤدي ذلك إلى الورثة، ويسلم للغريم ما بقي من الدين بإقرارهم، وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان.

ولو كان مكان الدين عبد، أعتقه في مرضه، وأقرّ أن قيمته خمسمائة، وأوصى لآخر بما بقي من الثلث، ثم مات، فقالت الورثة: كانت قيمة العبد ألف درهم، وقال الموصى له ببقية الثلث: كانت قيمته خمسمائة، كما قال المريض، فالقول في ذلك قول الورثة، ولا شيء للموصى له.

فرق بين هذا وبين ما تقدم، والفرق: أن في المسألة الأولى وجب بناء الحكم على قول الموصى [له][3]؛ لأنه إن كان صادقا فيما قال، يجب قبوله، وإن كان كاذبا، صار

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ج) و (د).

(٢) وفي (ج) و (د): "ألف درهم"، وما ثبت أصح.

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ج) و (د).

ميراثا له على ما زاد على الخمسمائة، فيجب البناء على كلامه، أما ههنا، لو كان كاذبا لا يجب قبوله، ولا تتغيّر قيمة عبده بقوله؛ لأنه لا يختص بمعرفة القيمة، بل عسى يشتبه ذلك، ويرجع فيه إلى غيره، فكان وجود هذا الكلام وعدمه سواء.

هذا إذا أوصى ببقية الثلث، فإن أوصى بثلث ماله، والمسألة بحالها، ففي الفصلين قول الموصى له بالثلث؛ لأن الوصية ظاهرة، فلا يقبل قول من يدعي بطلانها إلا بحجة.

باب الوصايا بمثل نصيب ابنه إلا مثل نصيب ابن آخر أو إلا نصيب ابن آخر لو كان

ذكر في الباب فصولا أربعة: الاستثناء المنفرد، والاستثناء المتكرر، والوصية المفردة، والوصية المتعددة.

والاستثناء أنواع ثلاثة: صحيح، وباطل، ومبطل.

وأدار الباب على أصلين:

أحدهما: ما عرف أن الوصية بمثل نصيب الابن جائزة، وبنصيب الابن باطلة[1].

---

(١) علل له قاضي خان بأن الوصية بنصيب الورثة، وصيةٌ بحق الغير فلا تصح، أما الوصية بمثل نصيب الورثة وصية بحق نفسه، لأن مثل الشيء غيره، إلا أنه جعل نصيب الورثة معيارا للوصية، فصحّت وصيته. راجع ص ٨٠٨.
وسبق تعليقا أن هذا نوع من الوصية بالمجهول، واتفق الفقهاء على أنه تصحّ الوصية بالمجهول، لأن هذه جهالة تمكن إزالتها من جهة الموصِي مادام حيا، ومن جهة ورثته بعد موته، كما اتفق الفقهاء على أن الوصية تصح بمثل نصيب وارث غير معين، أو بمثل نصيب وارث معين، كالوصية بمثل نصيب ابنه أو بنته، أو بمثل نصيب وارث معدوم، كالوصية لفلان بمثل نصيب ابن لو كان.
والإمام محمد رحمه الله ذكر فيما سبق أحكام الوصية بمثل نصيب وارث غير معين، في باب

والثاني: أن الاستثناء إذا ورد على غير ما تلفّظ به يصح، وإن ورد على عين ما تلفّظ به لا يصح[1]؛ لأن الاستثناء إخراج البعض بطريق البيان، أو تكلّم بالباقي بعد الثُّنْيا[2]، ولا يصحّ إلا في البعض، فإذا ورد الاستثناء على غير ما تلفّظ به، يحتمل أن يكون المستثنى بعض الجملة، فكان له وجه الصحة، فيصح. وإن كان يبطل به الإيجاب في الآخرة إذا صار كلا حكما، لأن الاستثناء تصرف في اللفظ، لا في الحكم.

فأما إذا ورد الاستثناء على عين ما تلفّظ به، كان استثناء الكل، وأنه باطل بالإجماع[3]، ليس له وجه الصحة؛ لأنه تعطيل وإلغاء، والكلام لا يحتمل الإلغاء[4].

مستقل، ص ٨٠٧، وذكر في هذا الباب أحكام الوصية بمثل نصيب وارث معين، ومثل نصيب وارث معدوم، ومسائل هذا الباب حسابية ترجع إلى بيان استخراج القدر المستحق من الوصية. راجع للمسائل: «مختصر الطحاوي» ص١٥٧، «مختصر اختلاف العلماء» ٥/ ٢٣، «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٥٦، و٣٥٨، «المبسوط» ٢٨/ ٥٠، «اللباب شرح الكتاب» ٤/ ١٧٥، «فتح القدير» ٨/ ٤٤٣،

(١) نص عليه السرخسي في أصوله بأن الاستثناء إنما يصح إذا كان المستثنى بعض ما تناوله الكلام، ولا يصح إذا كان جميع ما تناوله الكلام. «أصول السرخسي» ٢/ ٣٨.

(٢) بضمّ الثاء وسكون النون وألف مقصورة في آخره، بوزن "الدنيا": اسم من الاستثناء. «المصباح المنير» ص ٨٥، «المغرب» ١/ ١٢٤.

(٣) مما يشترط لصحة الاستثناء أن يكون المستثنى بعض المستثني منه، فالاستثناء المستغرق أي استثناء الكل باطل، لأن الاستثناء هو عبارة عن التكلم بالباقي بعد الثنيا، فباستثناء الكل لا يبقي باق، فهو باطل، سواء أكان الاستثناء موصولا أم مفصولا، وسواء كان الاستثناء عَين ما تلفّظ به

ولهـذا لو قـال: "أوصيـت لفـلان بمالي إلا مـالي" تـصح الوصيـة، ويتـوقّف على الإجازة، ويبطل الاستثناء[1].

ولو قـال: "أوصيت لفـلان بمالي إلا ألف درهم"، صـحّت الوصـيـة والاسـتـثناء، لاحتمال أن يكون الألف بعض ماله، بأن يستفيد مالا آخر قبل الموت، فإن لم يستفد مالا آخر، بطلت الوصية ضرورة أنه لم يبق وراء المستثنى شيء، وصار كلا حكما.

ولو قال: "نسائي طوالق إلا نسائي"، لا يصح الاستثناء، ولو قـال: "نسائي طوالق

أو بما يساويه، مثال لعين ما تلفظ به قوله: "نسائي طوالق إلا نسائي"، ومثال ما يساويه قوله: "نسائي طوالق إلا زوجاتي"، أما إذا لم يكن هذا الاستثناء بعين ما تلفظ به أو ما يساويه، بل كان الاستثناء بغيره فالاستثناء صحيح، لأن إيهام البقاء كاف في صحة الاستثناء، ولا يشترط حقيقة البقاء، وذلك بحسب صورة اللفظ، لأن الاستثناء تصرف لفظي فلا يضر إيهام المعنى. «درر الحكام» ١٢/ ١٠٣. وانظر «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٩٤.

(٤) قاعدة: "الكلام لا يحتمل الإلغاء"، عبّر عنها قاضي خان في موضع آخر بصيغة: "الكلام وُضع للإفادة"، وهذا لأن «إعمال الكلام أولى من إهماله» مادة: ٦٢ مجلة الأحكام العدلية. لأن العقل والدين يمنعان المرء من أن يتكلم بما لا فائدة فيه، فحمل كلام العاقل على الصحة واجب. انظر «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ١/ ٥٣.

(١) ومثله لو قال: "أوصيت لفلان بثلث مالي إلا ثلث مالي"، كان الاستثناء باطلا، وإنما بطل الاستثناء هنا لأنه لا يتوهم وراء المستثنى شيئ يكون الكلام عبارة عنه. ومن هنا عرف أن الاستثناء تصرف في الكلام، دون الحكم. انظر «أصول السرخسي» ٢/ ٣٩.

إلا فلانة وفلانة وفلانة"، وليس له نسوة غيرهن، صح الاستثناء[1]، ولا يقع الطلاق؛ لأنه استثنى غير ما تلفّظ به، وله وجه الصحة في الجملة، بأن يكون له امرأة أخرى.

وكذا لو قال: "عبيدي أحرار إلا عبيدي"، لا يصح الاستثناء؛ لأنه استثنى عين ما تكلّم به، ولو قال: "عبيدي أحرار إلا فلان" وليس له غيرهم، صح الاستثناء[2] حتى لا يعتق أحدهم لما قلنا[3].

إذا عرفنا هذا جئنا إلى المسائل بدأ محمد رحمه الله الباب بالوصية المفردة فقال:

رجل مات، وترك ابنا، ولا وارث له غيره، وأوصى لرجل بمثل نصيب ابنه إلا مثل نصيب ابن آخر، فللموصى له ثلث المال، أجاز الابن أو لم يجز، أما عدم اعتبار الإجازة؛ لأن هذه وصية بالثلث، فلا تتغيّر بالإجازة.

ولتخريج هذه المسئلة طرق:

منها طريقة الحشو التي اختارها محمد رحمه الله، وهي: أن تأخذ نصيب الابن، وذلك واحد؛ لأنه واحد، ثم زِد عليه سهما لأجل الوصية؛ لأنه أوصى بمثل نصيب

---

(١) في المثال الأول كان الاستثناء عَين ما تلفّظ به، فبطل الاستثناء، وفي المثال الثاني كان الاستثناء بغيره فالاستثناء صحيح.

(٢) سقطت العبارة من (ج) من قوله: " ولو قال عبيدي " إلى قوله: "صح الاستثناء".

(٣) وكذلك لو قال: "عبيدي أحرار إلا هؤلاء"، وليس له سواهم صح الاستثناء، لأنه يتوهم بقاء شيء وراء المستثنى يجعل الكلام عبارة عنه هنا، ولا توهم لمثله في الأول، وكذلك الطلاق على هذا. انظر «أصول السرخسي» ٢/ ٣٩، و «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ١٠/ ١٠٤.

الابن، ومثل الشيء غيره، مساوٍ له، فيعطى للموصى له سهم، بقي سهم للابن، ثم استرجع من الموصى له نصف النصيب؛ لأنه استثنى منه نصيب ابن آخر، ونصيب ابن آخر يكون نصف هذا النصيب ضرورةً، انكسر بالإنصاف، فضعّف ليزول الكسر، فصار المال أربعة: نصيب الإبن سهمان، وللموصى له سهمان، ثم اطرح عن نصيب الابن سهما لوجهين: أحدهما: أنا لو لم نطرح ذلك، وأعطينا للموصى له سهمين، ونترك في يد الابن[1] سهمين لم تسترجع من نصيب الموصي له نصف النصيب وهو سهم، يصير في يد الوارث[2] ثلاثة، فيكون ذلك خطأ في الإعطاء والاسترجاع، أما الخطأ في الإعطاء، فلأنا أعطينا بالنصيب سهمين، ينبغي أن يكون مثل ذلك للابن، وقد صار للإبن ثلاثة.

وأما الخطأ في الاسترجاع: [فلأنا استرجعنا][3] من النصيب سهما، فإذا صار في يد الابن ثلاثة، فإذا قسمت الثلاث بين الإبنين، يكون لكل واحد سهم ونصف، فيظهر الخطأ في الإعطاء والاسترجاع جميعا، وهذا الخطأ إنما جاء من قبل السهم الذي يعود إلى الورثة، وأنه يدور، ولا يرتفع إلا بالطرح فطرحنا؛ ولأن ذلك يعود إليه بالاستثناء، فبقي المال ثلاثة أسهم، أعط للموصى له سهمين، واسترجع بالاستثناء نصفه، وذلك واحد، فيصير في يدك سهمان، مثل ما أعطيت الموصى له بالنصيب.

ولو قسمت ذلك بين ابنين، أصاب كل ابن سهم، مثل ما استرجعت من نصيب

---

(١) كذا في الأصل و(ا) و (ب) وفي (ج) و (د) "الوارث"، بدل "الابن".

(٢) سقطت العباره من (ج) و (د) من قوله: "سهمين" إلى قوله: "في يد الوارث".

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

الموصى له، فخرجت المسئة.

ومنها طريق الجبر والمقابلة: وهو أن تأخذ مالا مجهولا، وأعط بالوصية شيئا، واسترجع منه نصف شيء؛ لأنا نعلم أن نصيب الابن الآخر نصف نصيب الموصى له، فيصير معك مال إلا نصف شيء، وأنه يعدل شيئا، ينبغي أن يكون مثله، إلا أن المال ناقص بنصف، شيء، فاجبره، بأن تزيد عليه نصف شيء، وإذا زدت في المال نصف شيء، زد فيما يعدله نصف شيء، فصار المال الكامل يعدل شيئا ونصف شيء، فعُد كل نصف شيء سهما، فصار المال الكامل ثلاثة والشيء، وهو النصيب سهمين، والمسترجع نصف شيء، وأنه واحد، فإذا عرف ذلك، خرجت المسألة.

ومنها طريق الخطائين: وهو أن يجعل المال عددا ينقسم نصفين؛ لأنه أوصى بمثل نصيب، الابن، ومثل الشيء غيره، وأن ينقسم أيضا نصفه نصفين، لأنه استثنى من الوصية مثل نصيب ابن آخر، ونصيب ابن آخر يكون نصف نصيب ابن واحد، فيكون نصف نصيب، الموصى له، ويحتاج أيضا إلى أن يكون المال عددا لو استرجعت الربع من الموصى له، وضمّمته إلى النصف الذي في يد الابن، يمكن قسمة تلك الجملة على اثنين، وأقلّ عدد ينقسم ثلاثة أرباعه على اثنين ثمانية، فاجعل المال ثمانية، أعط للموصى له نصف المال، وذلك أربعة، بقي في يدك أربعة، لو قسمتها بين اثنين كان لكل ابن سهما، فاسترجع من نصيب الموصى له سهمين فيصير في يد الوارث[1] ستة.

وقد كنا أعطينا للموصى له بالنصيب أربعة، ينبغي أن يكون للابن أربعة، فظهر أنا أخطأنا بزيادة سهمين، فاطرح من المال سهمان واعط للموصي له اربعة واسترجع نصف ما

---

(١) سقطت العبارة من (ج) و (د) من قوله: "اثنين" الى قوله: "في يد الوارث".

اعطيت، وذلك سهمان[1]، فيصير في يدك خمسة، وقد أعطينا للموصى له أربعة، فينبغي أن يكون للابن أربعة، فجاء الخطأ بزيادة سهم، والخطأ الأول كان بزيادة سهمين، فعلمنا أنا متى طرحنا من المال سهما، يذهب من الخطأ واحد، فطرحنا من ثمانية سهمين، فصار المال ستة، أعط للموصى له أربعة، واسترجع نصف ما أعطيت، فصار في يد الوارث أربعة، مثل ما أعطينا للموصى له بالنصيب، ولو قسمنا الأربعة بين ابنين، أصاب كل ابن سهمان، مثل ما استرجعنا.

ومنها طريق الجامع الاصغر: وهو أن تذكر طريق الخطأين، فإذا ظهر الخطأ الأول والثاني، اضرب المال الأول، وهو ثمانية في الخطأ الثاني، وذلك واحد، واضرب المال الثاني، وهو سبعة في الخطأ الأول، وذلك اثنان، يكون أربعة عشر، اطرح أقلّ المالين، وذلك ثمانية من الأكثر، يبقى ستة، فهو المال.

ومعرفة النصيب أن تضرب النصيب الأول، وذلك أربعة في الخطأ الثاني، وهو واحد، فيكون أربعة، وتضرب النصيب الثاني، وذلك أربعة في الخطأ الاول، وهو اثنان فيكون ثمانية، ثم اطرح اقل النصيبين[2]، [وتضرب النصيب الثاني][3]، وهو أربعة من الأكثر، وذلك ثمانية، يبقى أربعة، فإذا ظهر المال والنصيب، خرجت المسألة.

ومنها طريق الجامع الأكبر: وذلك أن تذكر طريق الخطأين إلى أن يظهر الخطأ الأول، فزد على المال، وذلك ثمانية سهما، فيصير تسعة، أعط للموصى له أربعة،

(١) سقطت العبارة من (ج) و (د): من قوله: واعط للموصى له إلى قوله: سهمان.

(٢) سقطت العبارة: "ثمانية ثم اطرح أقل النصيبين" من (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة في (ج) و (د).

واسترجع سهمين، فيصير معك سبعة، وكان ينبغي أن يكون أربعة، لأنا أعطينا للموصى له أربعة، فيكون للابن مثل ذلك، فجاء الخطأ بثلاثة أسهم، وقد كان الخطأ الأول بزيادة سهمين.

فإذا ظهر الخطأ الأول والثاني اضرب المال الأول، وذلك ثمانية في الخطأ الثاني، وهو ثلاثة، يكون أربعة وعشرين، واضرب المال الثاني، وذلك تسعة في الخطأ الأول، وذلك اثنان، يكون ثمانية عشر، اطرح أقلّ المالين وهو ثمانية عشر من الأكثر، وذلك أربعة وعشرون، يبقى ستة فهو المال.

ومعرفة النصيب أن تضرب النصيب الأول وذلك أربعة، في الخطأ الثاني وذلك ثلاثة، فيكون اثنا عشر، واضرب النصيب الثاني وذلك أربعة في الخطأ الأول، وذلك اثنان، فيكون ثمانية، ثم اطرح ثمانية من اثني عشر، يبقى أربعة، فهو النصيب، وإذا ظهر المال والنصيب، خرجت المسألة.

قال في الكتاب: سواء قال: إلا نصيب ابن آخر، أو إلا نصيب ابن آخر لو كان، أو إلا مثل نصيب ابن آخر، أو إلا نصيب ابن آخر لو كان، أو إلا مثل نصيب ابن آخر لو كان، فالكل سواء.

فرق بين الإيجاب وبين الإستثناء فقال: لو أوصى بنصيب ابنه، لا يصح، ولو أوصى بمثل نصيب ابنه، يصح، وفي الإستثناء يصح الاستثناء باللفظين جميعا.

وإنما كان هكذا؛ لأن الوصية بنصيب الابن تصرف في حق الابن؛ لأن نصيب الابن ما أوجبه الله تعالى له، ولا يملك تحويله إلى غيره، ولا كذلك الوصية بمثل نصيب الابن، فافترقا.

أما الاستثناء استرجاع بعض الوصية مع تقرير نصيب الابن، وإيجاب لما وراء المستثنى، وإيجاب غير نصيب الابن صحيح، فذكر النصيب، ومثل النصيب معيار للمسترجع، وتقرير له، وليس بتصرف في نصيب الوارث.

ولا يقال: بأن مثل الشيء غيره، فإذا قال: "إلا نصيب ابن آخر لو كان"، كان المسترجع هو النصف، لأن نصيب ابن آخر هو النصف، وإذا قال: "إلا مثل نصيب ابن آخر"، ومثل الشيء غيره، يقدر ههنا ثلاث بنين، فيكون لكل ابن ثلث المال، فينبغي أن يكون المسترجع ههنا ثلث المال.

ثم أجاب محمد رحمه الله عن هذا فقال: مثل نصيب الابن يحتمل غيره، فيقلّ المستثنى، وتكثر الوصية، ويحتمل عينه، قال الله تعالى: ﴿ليس كمثله شيء﴾[1].

فإنما ذكر "المثل" هنا على معنى أن يكون نصيب الابن معيارا للمسترجع، فوقع الشك في المستثنى، والشك في الاستثناء شك في الوصية، وفي مثل هذا، الصحيح من مذهب أصحابنا أن يعطى للموصى له الأقلّ؛ لأنه متيقّن.

وإنما حمل المثل في الإيجاب على الغير تصحيحا للوصية؛ لأن الوصية بنصيب الابن لا تصح؛ لأنها تصرف في حق الغير، وفي الاستثناء لم يوجد ما يوجب الحمل على المغايرة؛ لأن الاستثناء ردّ على الورثة، وتكثيرا لأنصبائهم.

ولهذا لو أوصى بمثل نصيب بنيه إلا نصيب أحدهم، يصح الإستثناء، فبعد ذلك لو حمل على المغايرة يقلّ الاستثناء، وتكثر الوصية، ولو حمل على المعيار، لا على

---

(١) سورة الشورى، الآية: ١١.

المغايرة، تقلّ الوصية، ويكثر الاستثناء، فلا يعطى بالوصية إلا المتيقن.

ولو أوصى بمثل نصيبه إلا نصيب ابن ثالث لو كان، أو مثل نصيب ابن ثالث لو كان، يصح الاستثناء، وللموصى له سهمان من خمسة إن أجازت الورثة، وإن لم تجز فله الثلث.

وتخريجها بطريق الحشو: أن نأخذ نصيب الابن، وهو سهم، ونزيد عليه لأجل الوصية سهما، لما ذكرنا أن مثل الشيء غيره، ثم نجعل نصيب الابن على ثلاثة لمعرفة المسترجع، وهو نصيب ابن ثالث، وإذا صار سهم الوارث على ثلاثة، صار سهم الموصى له على ثلاثة، ثم يطرح سهم من نصيب الابن، لما ذكرنا في المسئلة الأولى.

بقي المال خمسة، أعط للموصى له ثلاثة، واسترجع منه سهما، وضمّه إلى ما في يد الابن، يصير ثلاثة، مثل ما أعطينا للموصى له.

ولو قسمت الثلاثة بين ثلاثة بنين، أصاب كل ابن سهم، مثل ما استرجعت، وحصل للموصى له خمسا المال.

وطريق الدينار والدرهم: أن نجعل المال دينارا أو درهمين لحاجتنا، إلى أن يكون الباقي بعد نصيب الموصى له عددا لو استرجعنا واحدا من النصيب، كان المسترجع مع الباقي ثلاثة، ليكون المسترجع مثل[1] ابن ثالث، وأقلّ ذلك اثنان، فجعلنا النصيب دينارا، و الباقي درهمين، ثم استرجعنا الإستثناء مثل نصف ما بقي، وذلك واحد؛ لأن كل عدد لو زدت عليه مثل نصفه، كان الزائد ثلث الجملة، فصار معنا ثلاثة، وأنها تعدل

(١) وفي نسخة (ج) و (د): "مثل" بدل "نصيب" وفي (ا): مثل نصيب ابن ثالث.

دينارا ؛ لأنا أعطينا للموصى له دينارا ، ينبغي أن يكون للوارث مثل ذلك ، فأقلب القصة ، واجعل أجزاء الدينار أجزاء الدراهم ، وأجزاء الدراهم أجزاء الدينار ، كل درهم بمعنى واحد ، وكل دينار بمعنى ثلاثة ، وقد كنا جعلنا المال دينارا ودرهمين ، الدينار ثلاثة ، وكل درهم واحد ، فيكون خمسة .

أعطينا بالنصيب دينارا ، وذلك ثلاثة ، واسترجعنا واحدا ، وضمّمنا إلى ما في يد الوارث ، فيصير ثلاثة ، مثل ما أعطينا للموصى له ، ولو قسمناها بين ثلاثة بنين ، أصاب كل ابن درهم واحد ، مثل ما استرجعنا .

وطريق الجبر والمقابلة : أن تأخذ مالا مجهولا ، وأعط بالنصيب شيئا ، بقي مال إلا شيء ، استرجع بالاستثناء مثل نصف ما بقي لحاجتنا ، إلى أن نسترجع بالاستثناء ما لو ضمّ ذلك إلى ما بقي ، كان المسترجع ثلث تلك الجملة ، حتى يكون المسترجع نصيب ابن ثالث ، ونحن نعلم أن كل عدد لو ضمّ إليه مثل نصفه كان المضموم ثلثه ، فاسترجعنا بالاستثناء نصف مال إلا نصف شيء ، فصار معنا مال ، ونصف مال إلا شيء ، ونصف شيء ، وإنه يعدل شيئا واحدا ، إلا أنه ناقص بشيء ونصف شيء ، فاجبر النقصان بشيء ونصف شيء ، و زد شيئا ونصف شيء فيما يقابله ، فصار معنا مال ونصف مال ، يعدل شيئين ونصف شيء ، وحاجتنا إلى مال واحد ، فاطرح عنه ثلثه ، ليعود إلى مال واحد ، وإذا طرحت عن مال ونصف مال ثلثه ، إطرح عما يقابله ، وهو شيئان ، ونصف شيء ثلثه ، وإنه خمسة أسداس شيء ، بقي شيء وثلثا شيء ، إجعل كل ثلث شيء سهما ، فيصير شيئا ، وثلثا شيء خمسة أسهم ، وأنه يعدل مالا واحدا ، فظهر أن المال الكامل خمسة أسهم ، وأن الواحد ثلاثة أسهم ، أعطينا بالنصيب شيئا ، وهو ثلاثة أسهم ، بقي معنا سهمان ، استرجعنا مثل نصف ما بقي ، وذلك واحد ، فصار معنا ثلاثة مثل ما أعطينا

بالنصيب.

ولو قسمنا ها[1] بين البنين الثلاثة، أصاب كل ابن واحد مثل ما استرجعنا.

وطريق الخطأين: أن نجعل المال أربعة، لحاجتنا إلى مال لو أعطينا بالنصيب نصفه، كان للباقي نصف، حتى لو استرجعنا من النصيب نصف ما بقي، ونضمّ المسترجع إلى ما بقي، كان المسترجع ثلث تلك الجملة، وأقلّ عدد له نصف، ولنصفه نصف أربعة، فجعلنا المال أربعة، أعطينا بالنصيب سهمين، واسترجعنا من النصيب نصف ما بقي، وذلك واحد، فصار معنا ثلاثة، وكان ينبغي أن يكون معنا سهمان، مثل ما أعطينا بالنصيب، فظهر أنا أخطأنا بزيادة منهم، فزد في النصيب نصف سهم، ولاتزد سهما، فإنك إذا زدت سهما، يذهب الخطأ كله.

والعمل في الخطأين، أن يظهر الصواب من الخطأين، ولا يظهر بالخطأ الواحد، فزدنا على النصيب نصف سهم، أعطينا بالنصيب سهمين ونصف سهم، واسترجعنا مثل نصف ما بقي معنا، وذلك واحد، فيصير معنا ثلاثة، وكان ينبغي أن يكون معنا سهمان ونصف؛ لأنا أعطينا بالنصيب سهمين ونصف، فينبغي أن يكون نصيب الابن كذلك، فكان الخطأ بنصف سهم، وقد كان الخطأ الأول بزيادة سهم واحد، فعلمنا أنا لو زدنا على النصيب الأول سهما، يذهب الخطأ كله، فزدنا على النصيب الأول سهما، فصار المال خمسة، والتخريج إلى آخره.

ولو ترك ثلاثة بنين، وأوصى لرجل بمثل نصيب بنيه جميعا، إلا مثل نصيب أحدهم، أو قال: إلا نصيب أحدهم، فهذه المسألة والأولى سواء، إذ لا فرق بين أن يترك

---

(١) في نسخة (ج) "ها" ساقطة.

ابنا واحدا، ويوصي بمثل نصيبه إلا نصيب ابن ثالث، وبين أن يترك ثلاثة بنين، ويوصي بمثل نصيبهم إلا نصيب ابن ثالث، فيجعل المال خمسة، وحاصل الوصية خمسا المال إن أجازت الورثة، وإن لم تجز فله الثلث. وإنما ذكر هذه المسألة إيضاحا للأول.

ثم سأل في الكتاب على نفسه سؤالا، فقال: ينبغي أن يكون المستثنى ربع المال، لأنه استثنى مثل نصيب أحدهم، ومثل الشيء غيره، فكان المستثنى نصيب ابن رابع.

ثم أجاب، فقال: هذا استثناء لنصيب أحدهم، لأن مثل الشيء قد يراد به غيره، وقد يراد به عينه، إلا أن في الاستثناء لو حمل على الغير، يقلّ الاستثناء، وتكثر الوصية، فلا يحمل على المغايرة، ولا يعطى بالوصية إلا القدر المتيقن، وقد ذكرنا هذا فيما تقدم.

ولو مات، وترك ابنين، وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهما إلا نصيب ابن ثالث لو كان، أو قال: إلا مثل نصيب ابن ثالث لو كان، فهما سواء، والمال سبعة، والنصيب الكامل ثلاثة، والمسترجع سهمان، وحاصل الوصية واحد.

أما تخريجها بطريق الحشو: أن تأخذ نصيب الابنين، وذلك اثنان، وتزيد على ذلك[1] واحدا لمكان الوصية؛ لأنه أوصى بمثل نصيب أحدهما، فيصير المال ثلاثة، ثم اقسم نصيب الاثنين على ثلاثة، لحاجتك إلى معرفة المسترجع، وقسمةُ اثنين على ثلاثة لاتستقيم، فاضرب اثنين في ثلاثة فيصير ستة، وإذا ضربت نصيب الابنين في ثلاثة، اضرب نصيب الموصى له، وذلك واحد أيضا في ثلاثة، فيصير الكل تسعة، ثم اطرح عما في يد الورثة نصيب ابن ثالث، وذلك سهمان، يبقى في يد الورثة أربعة، استرجع بالاستثناء نصيب ابن ثالث ما كان قبل الطرح، وذلك سهمان، فيصير في يد الورثة ستة،

---

(١) "على ذلك" ساقط من (ج) و (د).

لو قسمتها بين ابنين أصاب كل ابن ثلاثة، مثل ما أعطينا بالنصيب الكامل، ولو قسمتها بين ابنين، أصاب كل ابن سهمان، مثل ما استرجعنا.

وطريق الدينار والدرهم: أن نجعل المال دينارا ودرهمين، لحاجتنا إلى مال لو أعطينا بالنصيب دينارا كان الباقي[1] نصف، حتى لو استرجعنا من الدينار نصف ما بقي، ونضمّه إلى ما بقي، كان المسترجع بعد الضمّ ثلث تلك الجملة، وأقلّه درهمان، فجعلنا المال دينارا ودرهمين.

أعطينا بالنصيب دينارا، بقي معنا درهمان، استرجعنا من الدينار نصف ما بقي، وذلك درهم واحد، فصار معنا ثلاثة دراهم، تعدل دينارين؛ لأنا أعطينا بالنصيب دينارا، ينبغي أن يكون لكل ابن دينار، فأقلب الفضة، واجعل أجزاء الدينار أجزاء الدراهم، وأجزاء الدراهم أجزاء الدنانير، كل دينار بمعنى ثلاثة، وكل درهم بمعنى درهمين.

وقد كنا جعلنا المال في الابتداء دينارا ودرهمين، والدينار ثلاثة، والدرهمان أربعة دراهم، فظهر أن المال سبعة، أعطينا بالنصيب دينارا، وذلك ثلاثة، بقي معنا أربعة دراهم، استرجعنا بالاستثناء نصف ما بقي، وذلك درهمان، فصار معنا ستة دراهم، لو قسمناها بين الابنين، أصاب كل ابن درهمان مثل ما استرجعنا.

وأما طريق الجبر والمقابلة: أن تأخذ مالا مجهولا، وأعط بالنصيب شيئا، يبقى مال إلا شيء، استرجع من النصيب الذي أعطيت مثل نصف ما بقي، ليكون المسترجع بعد الضمّ إلى ما بقي ثلث الجملة، فاسترجعنا نصف مال إلا نصف شيء، و ضممناه إلى ما

(١) وفي (ج) و (د): للثاني، بدل "الباقي".

بقي، فصار معنا مال و نصف مال إلا شيء و نصف شيء[1]، وانه يعدل شيئين؛ لأنا أعطينا بالنصيب شيئا ينبغي أن يكون معنا ضعفه، ليكون لكل ابن شيء، غير أن المال ناقص بشيء ونصف شيء، فاجبره بشيء ونصف شيء، و زد فيما يعدله مثل ذلك، فيصير معنا مال ونصف مال، يعدل ثلاثة أشياء ونصف شيء، وحاجتنا إلى مال واحد، فاطرح الزيادة، وذلك نصف مال، وإنه قدر ثلاثة. وإذا طرحت من مال ونصف مال ثلاثة، إطرح عما يقابله، وهو ثلاثة أشياء، ونصف شيء ثلثها، وذلك شيء وسدس شيء، بقي معنا شيئان وثلث شيء، فاجعل كل ثلث شيء سهما، فيصير سبعة، فظهر أن المال الكامل سبعة.

أعطينا بالنصيب شيئا، وهو ثلاثة، بقي معنا أربعة، استرجعنا نصف ما بقي، وهو اثنان، فيصير معنا ستة، لو قسمناها بين ابنين أصاب كل ابن ثلاثة، مثل ما أعطينا بالنصيب، ولو قسمناها بين ابنين، أصاب كل ابن سهم، مثل ما استرجعنا.

وطريق الخطأين: أن تجعل المال عددا له نصف، ولنصفه نصف، لحاجتنا إلى مال لو أعطينا بالنصيب نصيبا، يكون للباقي نصف، حتى يمكن استرجاع نصفه من النصيب، ليكون المسترجع بعد ضمه إلى الباقي ثلث تلك الجملة، وأقلّ ذلك أربعة، فجعلنا المال أربعة[2]، وأعطينا بالنصيب اثنين، بقي معنا اثنان، استرجعنا من النصيب نصف ما بقي، وذلك واحد، فصار معنا ثلاثة، وحاجتنا إلى الأربعة؛ لأنا أعطينا بالنصيب اثنين، ينبغي أن يكون للابنين أربعة، فظهر أنا أخطأنا بنقصان سهم، فزد في النصيب سهما، فصار المال خمسة، أعطينا بالنصيب ثلاثة، بقي اثنان، استرجع بالاستثناء نصف ما بقي، وهو

(١) قوله: " ضممناه إلى ما بقي " إلى قوله: نصف شيء. ساقط من (ج) و (د).

(٢) سقطت العبارة من (ج) و (د): فجعلنا المال أربعة. وثبتت في النسخ الأخرى.

واحد، فيصير معنا ثلاثة، وحاجتنا إلى ستة؛ لأنا أعطينا بالنصيب ثلاثة، ينبغي أن يكون لكل ابن ثلاثة، فجاء الخطأ بثلاثة.

وقد كان الخطأ الأول بنقصان سهم، فعلمنا أن بالزيادة في النصيب يزداد الخطأ الأول، ولا يزول، فنَقَصنا من النصيب الأول نصف سهم، وباقي المال على حاله، فصار المال ثلاثة ونصف[1]، أعط بالنصيب سهما ونصف سهم، يبقى معنا سهمان، استرجع بالاستثناء نصف ما بقي، وذلك سهم واحد، فيصير معنا ثلاثة.

ولو قسمناها بين ابنين، أصاب كل ابن سهم ونصف، مثل ما أعطينا بالنصيب.

ولو قسمناها بين ثلاث[2] بنين، أصاب كل ابن سهم واحد، مثل ما استرجعنا، فخرجت المسئلة من ثلاثة ونصف، إلا أنه ينكسر بالإنصاف، فضعف لزوال الكسر، فصار المال سبعة، والتخريج إلى آخره.

الفصل الثاني:

جمع في هذا الفصل بين الاستثناء الباطل، والمبطل، والاستثناء الصحيح.

أما الاستثناء الباطل: رجل له ابن واحد، أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه، إلا مثل نصيب ابنه، بطل الاستثناء، وللموصى له نصف المال، إن أجاز الوارث، وإن لم يجز، فله الثلث.

---

(١) سقط كلمة نصف من (ج) و (د).

(٢) سقط " ثلاث " من (ج) و (د).

أما بطلان الاستثناء؛ لأن الكلام مع الاستثناء تكلّم بما وراء المستثنى، فإذا استثنى جميع ما تكلم به بطل[1]، كما لو قال: لفلان عليّ ألف درهم إلا ألف درهم.

فإن قيل: الوصية تحتمل الرجوع، فإذا استثنى جميع ما تكلم به، وجب أن يجعل رجوعا، تصحيحا لكلامه[2].

والجواب عنه: أن الاستثناء ليس برجوع وضعا، والاستثناء مذكور في كتاب الله تعالى، وكلام الله تعالى منزّه عن الرجوع؛ لأن الرجوع بَدَاءٌ وتَدارُكٌ في الغلط، ولهذا يصح استثناء البعض فيما لا يحتمل الرجوع[3]، كالطلاق، والعتاق، والإقرار علم أنه

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٩٤.

(٢) أسند الكاساني هذا القول إلى الإمام محمد رحمه الله، فقال في آخر كتاب الوصايا: هل تبطل الوصية باستثناء كل الموصى به في كلام متصل؟ اختلف فيه، قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: لاتبطل، ويبطل الاستثناء، وللموصى له جميع ما أوصى به، وقال محمد رحمه الله: يصح الاستثناء، وتبطل الوصية. وجه قوله: إن الاستثناء ههنا رجوع عما أوصى به، والوصية محتملة للرجوع، فيحمل على الرجوع. ولهما: إن هذا ليس باستثناء ولا رجوع، فيبطل الاستثناء رأسا، وتبقى الوصية صحيحة، وبيان ذلك أن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا، واستخراج بعض الجملة الملفوظة، ولايوجد ذلك في استثناء الكل من الكل، والرجوع فسخ الوصية وإبطالها، ولايتصور ذلك في الكلام المتصل. انظر «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٩٤.

ومن الملاحظ أن إسناد هذا القول إلى الإمام محمد لا يخلو من نظر، وأن الإمام محمد يتفق مع شيخيه في هذا، كما هو واضح من خلال مسائل هذا الفصل.

(٣) انظر «أصول السرخسي» ٢/ ٣٩.

ليس برجوع.

وكذا لو أوصى بثلث ماله إلا نصف ماله، لا يصح؛ لأنه استثنى أكثر مما تكلم به.

وروى بشر[1] عن أبي يوسف في الإملاء: إذا مات، وترك أربعة بنين، وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث المال، يصح الاستثناء، وتبطل الوصية؛ لأنه أوصى له بالربع، واستثنى الثلث، فكان استثناء الأكثر مما تكلم به.

وأما الاستثناء المبطل: رجل له ابن واحد، وأوصى لرجل بنصف ماله إلا مثل بنصيب[2] ابنه، أو إلا مثل نصيب ابن آخر لو كان، أو إلا نصيب ابن آخر لو كان، فإنه يصح الاستثناء، وتبطل الوصية.

أما صحة الاستثناء؛ فلأنه استثنى غير ما تكلم به، وله وجه الصحة[3]؛ لأن الوصية إيجاب عند الموت، وربما يحدث له بنون، فيصير نصيب هذا الابن خمس المال أو عشرة، فيصير المستثنى أقلّ من الوصية، فيصح الاستثناء.

وأما بطلان الوصية؛ فلأنه لما صحّ الاستثناء، وخرج المستثنى، وهو نصيب الابن من الإيجاب، فإذا مات، وليس له إلا ابن واحد لم يبق وراء نصيب الابن شيء، فتبطل الوصية ضرورة، أجاز الوارث أو لم يجز، لأن الإجازة إنما تعمل في الموقوف[4]، ولم يبق

---

(١) هو بشر بن الوليد الكندي القاضي، وتقدم ترجمته في ص ١٢٦.

(٢) سقط من (ج) و (د): قوله: "بنصيب".

(٣) انظر «أصول السرخسي» ٢/ ٣٩، و «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ١٠/ ١٠٤.

(٤) قاعدة: "الإجازة إنما تعمل في الموقوف" تقدم الكلام عليها في البيوع ص ٧٤٩ حين ذكرها

هنا وصية حتى تتوقف.

وأما الوجه الثالث: وهو الاستثناء الصحيح الذي لا يبطل الوصية:

رجل له ابن واحد، أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه إلا نصف المال، فإنه يصح الاستثناء والوصية؛ لأنه استثنى غير ما تكلم به، وهو أقلّ من الوصية.

أما بيان المغايرة ظاهر، وبيان أنه أقلّ مما أوصى به، لأن الابن إذا كان واحدا كان نصيبه كل المال، ومثل الشيء ما يعادله، فقد أوصى له بجميع المال، واستثنى النصف، فإذا جاز الاستثناء والوصية، كان للموصى له ربع المال.

وتخريجها بطريق الحشو: أن تأخذ نصيب الابن، وهو واحد، ويزاد عليه لأجل الوصية بالمثل سهم، ثم نجعل كل سهم على سهمين لمكان الاستثناء بالنصف، أو لأنه استثنى من النصيب، فينبغي أن يكون النصيب أكثر من واحد، فجعلنا المال أربعة، أعط للموصى له ثلاثة؛ لأنه لما استثنى من النصيب نصف المال يكون النصيب أكثر من نصف المال، أو لأنه استثنى من النصيبُ نصفا شائعا نصفه مما كان في يد الابن، فلابد أن يضمّ ذلك إلى الموصى له، ليعود بعد ذلك إلى الابن بالاستثناء، فأعطينا للموصى له ثلاثة، ثم استرجعنا منه نصف المال، وهو اثنان، فيصير في يد الابن ثلاثة مثل ما أعطينا للموصى له قبل الاسترجاع، وقد استرجعنا سهمين، وهو نصف المال.

وتخريجه بطريق الدينار والدرهم: أن تجعل المال دينارا ودرهما، وتعطي بالنصيب

قاضي خان بعبارة: "الإجازة لاترد على المفسوخ"، وذكرها السرخسي بصيغة: "الإجازة تلحق الموقوف لا المفسوخ". «المبسوط» ٢٤/ ٩٤.

دينارا، ثم استرجع منه مثل نصف المال، وذلك نصف دينار ونصف درهم، ونضمّ ذلك إلى ما في يد الابن، فيصير في يد الابن درهم ونصف درهم ونصف دينار، وحاجتنا إلى دينار واحد؛ لأنا أعطينا بالنصيب دينارا، ينبغي أن يكون مثل ذلك، فجعلنا نصف الدينار قصاصا بنصف دينار، بقي درهم ونصف درهم، يعدل نصف دينار، فعلمنا أن الدينار الكامل يعدل ثلاثة دراهم، وقد كنا جعلنا المالَ دينارا ودرهما، والدينار ثلاثة دراهم من حيث المعنى كان المال أربعة دراهم، أعطينا بالنصيب دينارا، وذلك ثلاثة، واسترجعنا نصف دينار ونصف درهم، وذلك درهمان، والتخريج إلى آخره.

وأما طريقة الجبر والمقابلة: أن تأخذ مالا، وتعطي بالنصيب شيئا، بقي معنا مال إلا شيء، يسترجع بالاستثناء نصف مال كامل، فصار معنا مال إلا شيء، ونصف مال كامل، وأنه يعدل شيئا، إلا أن المال ناقص بشيء، فاجبره بشيء، وإذا زدت في المال الناقص شيئا، زد فيما يعدله شيئا، فصار معنا مال كامل، ونصف مال يعدل شيئين، وحاجتنا إلى مال واحد، فاطرح عنه الزيادة، وذلك بأن تطرح عنه ثلثه، وإذا طرحت من المال ثلثه، اطرح عما يقابله، وذلك شيئان، ثلثه وهو[1] ثلثا شيء، بقي مال يعدل شيئا وثلث شيء، كل ثلث سهما، فكان المال الكامل يعدل أربعة، أعطينا بالنصيب شيئا، وهو ثلاثة، واسترجعنا منه نصف المال، وهو اثنان، فيصير في يد الوارث ثلاثة مثل ما أعطينا بالنصيب.

ولو ترك ابنا واحدا، وأوصى لرجل بنصف المال إلا نصيب ابن ثالث، أو

---

(1) "وهو" ساقط من (ج) و (د).

[قال][1]: إلا مثل نصيب ابن ثالث، أو قال: إلا مثل نصيب ابن ثالث لو كان، جاز الاستثناء والوصية، وللموصى له ربع المال.

أما جواز الاستثناء؛ لأنه استثنى غير ما تكلم به، وهو دون الوصية أيضا. أما جواز الوصية؛ فلأن الاستثناء لا يستغرق الوصية.

وتخريجها بطريق الحشو: أن نأخذ نصيب الابن، وذلك واحد، وتزيد عليه سهما لأجل الوصية، ثم يجعل ما في يد الابن على ثلاثة لمعرفة المسترجع، وهو نصيب ابن ثالث، وإذا صار ما في يد الوارث على ثلاثة، صار ما في يد [الموصى له][2] علي ثلاثة، ثم اطرح عما في يد الوارث سهما؛ لأن ذلك يعود إليه بالاستثناء، واطرح عما في يد [الموصى له][3] له سهما؛ لأنه نصف المال، فعاد المال إلى أربعة، أعطينا للموصى له سهمين، واسترجعنا سهما، فصار في يد الابن ثلاثة لو قسّمت بين ثلاثة بنين، أصاب كل ابن سهم واحد مثل ما استرجعت، وبقي للموصى له سهم.

والتخريج بطريق الجبر والمقابلة: أن تأخذ مالا، وتدفع بالوصية نصفه ثم تسترجع من الوصية نصيب ابن ثالث، فصار في يد الوارث نصيب ونصف مال يعدل ثلاثة أنصبة، واحتجنا إلى ثلاثة أنصبة[4]، فالنصيب بالنصيب قصاص، يبقى نصف مال يعدل

---

(١) ما بين المعكوفتين: زيادة من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج) و (د)، وكان في الأصل: "الوارث" بدل "الموصى له"، والصواب ما أثبت.

(٣) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج) و (د)، وكان في الأصل: "الوارث".

(٤) ورد في جميع النسخ: "أنصبا" وهو خطأ، فإن "النصيب" يجمع على: "أنصبة". المصباح

نصيبين، فظهر أن المال الكامل أربعة، أعطينا بالنصيب سهمين، واسترجعنا سهما واحدا، فصار في يد الابن ثلاثة أسهم، وبقي في يد الموصى له سهم واحد.

ولو أوصى بنصف ماله إلا نصيب ابن رابع، أو مثل نصيب ابن رابع، لو كان البنون أربعة، فأوصى بنصف المال إلا نصيب أحد بنيه، أو إلا مثل نصيب أحد بنيه، صح الاستثناء والوصية، وللموصى له ثلث المال.

أما جواز الاستثناء؛ لما قلنا، وأما جواز الوصية؛ لبقاء شيء من الوصية بعد الاستثناء.

وتخريجها بطريق الحشو: أن يجعل المال أربعة؛ لأن البنين أربعة، ثم زد عليه أربعة ليكون ذلك مثل نصف الجملة، ثم اطرح عن نصيب الورثة مثل نصيب أحدهم، وهو سهم لأن ذلك يعود إليهم بالاستثناء، واطرح عن نصيب الموصى له أيضا سهما لأن نصيبه نصف المال، فإذا صار هذا النصف ثلاثة يجب أن يكون النصف الآخر ثلاثة، ثم أعط بالوصية ثلاثة، وذلك نصف المال، واسترجع بالاستثناء سهما، فيصير في يد الورثة أربعة نصيب[1]، لكل واحد منهم سهم مثل ما استرجعت، وبقي للموصى له سهمان، وهو ثلث المال.

وتخريجها بطريق الجبر والمقابلة: أن تأخذ مالا، وتدفع بالوصية نصفه، وتسترجع منه نصيبا، فصار معنا نصف مال ونصيب يعدل أربعة أنصبة، فنصيب قصاص بنصيب، بقي معنا نصف مال يعدل ثلاثة أنصبة، فيظهر أن المال كان ستة، دفعنا إلى الموصى له

المنير ٢/٦٠٦.

(١) "نصيب" ساقط من (ج) و(د).

نصفه، وهو ثلاثة، واسترجعنا منه سهما، فصار في يد الورثة أربعة، لكل واحد منهم سهم مثل المسترجع، وبقي في يده سهمان، وهو ثلث المال.

وأما الفصل الثالث: وهو الوصية المتعددة:

رجل مات، وترك ابنين، وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهما إلا مثل نصيب ابن ثالث، أو قال إلا نصيب ابن ثالث، وأوصى لرجل آخر بثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية الحاصلة، أو قال: إلا ثلث ما يبقى من الثلث، ولم يزد عليه، فهما سواء في الاستحسان على ما بينا في الأبواب المتقدمة، فقد جعلوا لجنس هذه المسائل طريقا، وهو أنك تنظر إلى عدد تستقيم قسمته على اثنين وعلى ثلاثة؛ لأنا نحتاج إلى قسمته بين اثنين لمعرفة نصيب أحد الابنين، ونحتاج إلى قسمته بين ثلاثة لمعرفة المسترجع، وأقلّ ذلك ستة، لو قسمتها بين ثلاثة يكون لكل واحد سهمان، ولو قسمناها بين اثنين يكون لكل واحد منهما ثلاثة، ثم تنظر إلى تفاوت ما بين القسمتين، وذلك واحد، فزده على الجملة، فيصير سبعة، ثم اضرب في ثلاثة لأجل الوصية بثلث ما يبقى، فيصير أحدا وعشرين، ثم اطرح ما زدت، وذلك واحد يبقى عشرون، هو ثلث المال.

ومعرفة النصيب: أن تأخذ ما زدت، وذلك واحد، وتضربه في ثلاثة، فهو ثلاثة، ثم تضربه في ثلاثة، فيصير تسعة، ثم اطرح ما أخذت، وذلك واحد، يبقى ثمانية، فهو حاصل الوصية، متى رفعت هذا من ثلث المال يبقى من الثلث اثني عشر، أعط بالوصية الثانية ثلث ما بقي، وذلك أربعة، يبقى ثمانية تضمّه إلى ثلثي المال، وذلك أربعون، فيصير ثمانية وأربعين، متى قسمتها بين ابنين أصاب كل ابن أربعة وعشرون، فهو النصيب

الكامل يعني قبل الاسترجاع، ومتى قسمناها بين ثلاثة بنين أصاب كل ابن ستة عشر، فهو النصيب الناقص.

متى عرفت هذا عُد إلى الأصل، وأعط للموصى له أربعة وعشرين، عشرون من ذلك ثلث المال، وأربعة من الثلثين بطريق القرض، استرجع بالاستثناء نصيب الابن الثالث ستة عشر، يبقى في يد الموصى له من الوصية ثمانية، فهو الحاصل للوصية.

إذا عرفنا أن الحاصل له ثمانية، رفعنا ثمانية من ثلث المال، وأعطينا له ثمانية، بقي من الثلث اثني عشر، نرفع بالوصية ثلث ما بقي، وذلك أربعة، يبقى ثمانية نضمّه إلى ثلثي المال، وذلك أربعون، فيصير ثمانية وأربعين، لكل ابن أربعة وعشرون، ولو قسمنا بين ثلاثة بنين، يكون لكل ابن ستة عشر، مثل ما استرجعنا.

والتخريج بطريقه أن نقول: أوصى بوصيتين، ولابدّ من معرفة مخرج الوصية الأولى حتى تضربه في مخرج الوصية الثانية، فيظهر الجواب، فنقول: لو لا الوصية الثانية كانت المسئلة من سبعة، بأن تجعل أصل الفريضة سهمين لمكان الابنين، وتزيد عليه سهمان [لمكان الابنين، وتزيد عليه سهما][1] لمكان الوصية؛ لأنه أوصى بمثل نصيب أحدهما، ثم تجعل نصيب الابنين على ثلاثة لمعرفة المسترجع، وقسمة اثنين على ثلاثة لا تستقيم، فاضرب اثنين في ثلاثة، فيصير ستة، وإذا صار نصيب الابنين ستة صار نصيب الموصى له ثلاثة، وكل المال تسعة، ثم تطرح من نصيب الورثة مثل نصيب ابن ثالث؛ لأن ذلك يعود إليهما بالاستثناء، فعاد المال إلى سبعة، أربعة للورثة، وثلاثة للموصى له، تسترجع من نصيب الموصى له مثل نصيب ابن ثالث، وذلك سهمان، فيصير في يد الورثة ستة لو

(١) ما بين المعكوفتين: "زيادة" من (ج) و (د).

قسمتها بين ابنين كان لكل ابن ثلاثة مثل ما أعطينا بالنصيب.

ولو قسمناها بين ثلاثة بنين، أصاب كل [ابن] (١) سهمان، مثل ما استرجعنا، ويبقى في يد الموصى له سهم واحد، وهو حاصل الوصية، فظهر أن المسترجع مثل ثلثي حاصل الوصية، فإذا أوصى مع ذلك بثلث ما يبقى من الثلث نضرب مخرج الوصية الثانية، وذلك ثلاثة في مخرج الوصية الأولى، وذلك سبعة يكون أحدا وعشرين، ثم اطرح ما كان حاصل الوصية في الوصية الأولى، وذلك واحد، يبقى عشرون، فهو ثلث المال، والثلثان ضعفه، والكل ستون.

وأما معرفة النصيب: أن تأخذ النصيب في الوصية الأولى، وذلك ثلاثة، وتضربه في ثلاثة فيكون تسعة، ثم في ثلاثة فيكون سبعة وعشرين، ثم اطرح ما أخذت، وذلك ثلاثة، يبقى أربعة وعشرون النصيب الكامل، وهو أكثر من الثلث.

وأما طريق معرفة الوصية الحاصلة: أن تأخذ حاصل الوصية في الوصية الأولى، وذلك سهم، واضربه في ثلاثة فيكون ثلاثة، ثم اضربه في ثلاثة فيكون تسعة، ثم اطرح ما أخذت، وهو واحد، يبقى ثمانية، هذا هو الوصية الحاصلة، والمسترجع قدر ثلثي حاصل الوصية في الوصية الأولى، وذلك ستة عشر، فخذ ثلث المال، وهو عشرون، وأعط منه بالوصية الحاصلة للموصى له الأول ثمانية، يبقى من الثلث اثنى عشر، أعط بالوصية الثانية ثلث ذلك، وهوأربعة، يبقى ثمانية، ضمّها إلى ثلثي المال، وهو أربعون، يصير ثماني وأربعين، إذا قسمت بين ابنين أصاب كل ابن أربعة وعشرون، مثل ما أعطينا بالنصيب.

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

ولو قسمنا بين ثلاثة بنين، أصاب كل ابن ستة عشر، ثلثا النصيب الكامل، فحصل للموصى له ثمانية، وللموصى له الثاني أربعة، وللورثة ثمانية وأربعون.

ومحمد رحمه الله خرج المسألة من خمسة عشر، واقتصر على الربع لموافقة بين الأجزاء في الربع.

وطريق الجبر والمقابلة: أن تأخذ ثلث مال مجهول، أعط بالنصيب شيئا، واسترجع ثلثي شيء، لعلمنا أن المسترجع ثلث النصيب؛ لأن نصيب الابن الثالث يكون ثلثي نصيب كل واحد من الإبنين، فيكون ثلثي نصيب الموصى له، يبقى ثلث مال إلا ثلث شيء، أعط للموصى له الثاني ثلث ما بقي، وهو تسع مال إلا تسع شيء، لأن الثلث إذا كان منقوصا بثلث شيء كان كل تسع منقوصا بتسع شيء.

فإذا أعطينا للموصى له الثاني تسع مال إلا تسع شيء، بقي معنا من الثلث تسعا مال إلا تسعي شيء، ضمّ هذا إلى ما في يد الورثة، وهو ستة أتساع المال، فيصير معك ثمانية أتساع مال إلا تسعي شيء، وأنه يعدل شيئين، لأنا أعطينا للموصى له الأول شيئا ينبغي أن يكون لكل ابن شيء، إلا أن ثمانية أتساع المال ناقص بتسعي شيء، فزد عليه تسعي شيء، وزد فيما يعدله، وذلك شيئان تسعي شيء، فيصير ثمانية أتساع مال يعدل شيئين، وتسعي شيء، غير أن المال ناقص بتسعيه، فاجبره بأن تزيد عليه مثل ثمنه ليكمل المال.

وإذا زدت عليه مثل ثمنه، زد فيما يعدله، وهو شيئان، وتسعا شيء ثمن ذلك، وليس لشيئين وتسعي شيء ثمن صحيح، فانكسر بالأثمان والأتساع، فاضرب أحد المخرجين في الآخر، فيصير اثنين وسبعين، ثم اضرب شيئين وتسعي شيء في اثنين وسبعين، فيصير مائة وستين، زد عليه ثمنه، وذلك عشرون، فيصير الكل مائة وثمانين،

والثلث ستون.

ومعرفة النصيب: جعلنا النصيب شيئا، وضربنا كل شيء في اثنين وسبعين، فيكون النصيب اثنين وسبعين، والمسترجع قدر ثلثيه، وذلك ثمانية وأربعون، يبقى بعد استرجاع هذا من النصيب الكامل أربعة وعشرون، فكان هذا حاصل الوصية، إذا رفعت أربعة وعشرين عن ثلث المال، وهو ستون، يبقى من الثلث ستة وثلاثون، أعط للموصى له الثاني ثلث ما بقي، وهو اثني عشر، يبقى أربعة وعشرون، نضمّ هذا إلى ثلثي المال، وذلك مائة وعشرون، يصير مائة وأربعة وأربعين، إذا قسمت بين ابنين، أصاب كل واحد منهما اثنان وسبعون، مثل ما أعطينا بالنصيب.

ولو قسمت بين ثلاثة بنين أصاب كل ابن ثمانية وأربعون، مثل ما استرجعنا، فإن أردت الاختصار تجد بين الأجزاء موافقة في جزء من اثني عشر، فجزء من اثني عشر من مائة وثمانين خمسة عشر، وجزء من اثني عشر من اثنين وسبعين ستة، ومن ثمانية وأربعين أربعة، ومن أربعة وعشرين سهمان، ومن اثني عشر واحد، فتخرج من خمسة عشر على هذا الوجه.

وأما طريق الدينار والدرهم: أن تجعل ثلث المال دينارا وثلاثة دراهم[1]، أعط للموصى له بالنصيب ثلاثة دنانير، دينار من الثلث، وديناران قرض عليك إلى أن تؤديهما من الثلث، ثم استرجع بالاستثناء دينارين، فعلمنا أن المسترجع ثلثا نصيب الموصى له، لأن نصيب الابن الثالث يكون ثلثا نصف المال، فاسترجعنا دينارين، وقد بقي من الثلث ثلاثة دراهم، أعط للموصى له الثاني ثلث ذلك، وهو درهم واحد، بقي درهمان ضمّهما

(١) "دراهم" ساقط من (ج) و (د).

إلى ثلثي المال، وذلك ديناران وستة دراهم، فيصير دينارين وثمانية دراهم، وحاجتنا إلى ستة دنانير، لأنا أعطينا بالنصيب ثلاثة دنانير، ينبغي أن يكون للابنين ضعف ذلك، فالديناران بمثلها قصاص، بقي معك ثمانية دراهم تعدل أربعة دنانير.

فأقلب الفضة، واجعل أجزاء الدنانير أجزاء الدراهم، وأجزاء الدراهم أجزاء الدنانير، فصار[1] كل دينار بمعنى ثمانية دراهم، وكل درهم بمعنى أربعة، وقد كنا جعلنا ثلث المال دينارا، وذلك ثمانية، وثلاثة دراهم، وذلك اثني عشر، فيكون عشرين، وجعلنا النصيب ثلاثة دنانير، فيكون أربعة وعشرين، واسترجعنا دينارين، وذلك ستة عشر، بقي حاصل الوصية ثمانية متى رفعتها عن ثلث المال، وهو عشرون، يبقى اثني عشر، أعط للموصى له الثاني ثلث ما بقي أربعة، يبقى ثمانية ضمّها إلى ثلثي المال، فيصير ثمانية وأربعين، فخرجت المسئلة، وإن اختصرت على الربع كان من خمسة عشر، كما خرج محمد رحمه الله.

ولو قال: إلا نصيب ابن رابع لو كان، والمسئلة بحالها، فالتخريج على طريق بعض المشايخ أن تنظر عددا تستقيم قسمته بين ابنين وبين أربعة، وذلك أربعة، إذا قسمتها بين ابنين، أصاب كل واحد منهما سهمان، ومتى قسمتها بين أربعة بنين أصاب كل واحد منهما سهما، ثم انظر إلى تفاوت ما بين القسمتين، وذلك واحد، وتزيد على الأربعة، فيصير خمسة، ثم تضربها في ثلاثة، فيكون خمسة عشر، ثم اطرح ما زدت، وذلك واحد، يبقى أربعة عشر، فهو ثلث المال.

ومعرفة حاصل الوصية: أن تأخذ تفاوت ما بين القسمتين، وذلك واحد فتضربه في

---

(١) "فصار" ساقط من (ج) و (د).

ثلاثة، فيكون تسعة، ثم اطرح ما أخذت، يبقى ثمانية، فهو حاصل الوصية، إذا رفعت هذا عن ثلث المال، وذلك أربعة عشر، يبقى ستة، أعط للموصى له الثاني ثلث ما بقي، وذلك اثنان، يبقى أربعة، متى ضممتها إلى ثلثي المال يصير اثنين وثلاثين، إذا قسمتها بين ابنين أصاب كل واحد منهما ستة عشر، فهو النصيب الكامل.

ولو قسمت بين أربعة بنين، كان لكل ابن ثمانية، وهو النصيب الناقص. وهو المسترجع ثمانية، وأعط للموصى له أولا بالنصيب الكامل ستة عشر، واسترجع منه ثمانية يبقى للموصى ثمانية فا رفع ثمانية عن ثلث المال وادفع إلى الموصى له الأول يبقي من الثلث ستة، أعط سهمين للموصى له الثاني يبقي أربعة ضمها ثلثى المال وهو ثمانية وعشرون يكون اثنان وثلاثون إذا قسمتها بين ابنين، كل واحد منهما ستة عشر مثل ما اعطينا بنصيب الكامل ومتى قسمت بين أربعة بنين أصاب كل واحد ثمانية مثل ما استرجعنا.[1]

وتخريجها بطريق الحشو: أن تأخذ عدد الابنين، وهما اثنان، وزد عليهما واحدا لمكان الوصية، فيكون ثلاثة، أعط للموصى له واحد، يبقى سهمان، فاقسمها بين أربعة بنين لمعرفة المسترجع، وقسمة اثنين على أربعة لا تستقيم بل ينكسر بالإنصاف، فاضرب أصل الحساب، وذلك ثلاثة في مخرج الكسر، وهو اثنان، فيصير ستة للموصى له اثنان؛ لأنا ضربنا أصل الحساب في اثنين، فصار سهمه اثنين، يبقى أربعة، متى قسمت بين ابنين أصاب كل واحد منهما اثنان.

ولو قسمت بين أربعة بنين، أصاب كل واحد منهم سهم، فظهر أن المسترجع سهم،

---

(١) سقطت العبارة من قوله: "وهو المسترجع" إلى قوله: "مثل ما سترجعنا" من (ج) و (د).

فاطرح ذلك عن نصيب الورثة، يبقى في يد الورثة ثلاثة، وفي يد الموصى له اثنان، فيصير المال خمسة، النصيب الكامل خمسا المال، والمسترجع نصف النصيب الكامل، وحاصل الوصية واحد، ثم لمكان الوصية الحاصلة، وذلك سهم واحد يبقى أربعة عشر، فهو ثلث المال، والثلثان ضعفه، وكل المال اثنان وأربعون، فخذ النصيب الكامل في الوصية الأولى، وذلك اثنان، واضربه في ثلاثة كما ضربت أصل المال، وذلك خمسة في ثلاثة، فيكون ستة، ثم اضرب ستة في ثلاثة كما ضربت أربعة عشر في ثلاثة، فيصير ثمانية عشر، ثم اطرح ما أخذت في الابتداء، وذلك سهمان، يبقى ستة عشر، هو النصيب الكامل.

ثم استرجع بالاستثناء مثل نصفه، وذلك ثمانية، يبقى ثمانية، فهو حاصل الوصية، فخذ ثلث المال، وذلك أربعة عشر، وأعط بالوصية الحاصلة ثمانية، يبقى ستة، أعط للموصى له الثاني ثلثها، وذلك اثنان، يبقى أربعة ضمّها إلى ثلثي المال، وهو ثمانية وعشرون، فيصير اثنين وثلاثين مقسوما بين الابنين، لكل واحد منهما ستة عشر مثل ما أعطينا بالنصيب الكامل، ولو قسمتها بين أربعة بنين، كان لكل ابن ثمانية مثل ما استرجعنا و محمد رحمه الله خرّجه[1] من أحد وعشرين على التضعيف من هذا الموافقة بين الأجزاء في النصف.

وتخريجها بطريق الجبر والمقابلة: أن تأخذ ثلث مال، وتعطي بالوصية شيئا، بقي معنا ثلث مال إلا شيء، استرجع بالاستثناء نصف شيء لعلمنا أن نصيب الابن الرابع يكون نصف نصيب أحد الابنين، فصار معنا ثلث مال إلا نصف شيء، وترفع بالوصية

(١) من قوله: "ولو قسمتها" إلى قوله: "خرّجه محمد" ساقط من (ج) و (د).

الثانية ثلث ما بقي من الثلث، وهو تسع المال إلا سدس شيء، لأن الثلث إذا كان منقوصا بنصف شيء، كان كل ثلث من الثلث منقوصا بسدس شيء[١]، بقي ثلثا الثلث، وهو تسعا المال إلا ثلث شيء، يضمّ هذا إلى ثلثي المال فيصير معنا ثمانية أتساع مال إلا ثلث شيء، وأنه يعدل شيئين؛ لأنا أعطينا بالنصيب الكامل شيئا ينبغي أن يكون لكل ابن شيء، إلا أنه ناقص بثلث شيء، فزد عليه ثلث شيء، وإذا زدت عليه ثلث شيء، زد فيما يعدله ثلث شيء، فيصير ثمانية أتساع مال يعدل شيئين وثلث شيء، غير أن المال ناقص بالتسع، فزد عليه ثمنه حتى يتم المال، وإذا زدت في المال ذلك، زد فيما يعدله، وهو شيأن وثلث شيء ثمنه انكسر الحساب بالأثمان والإتلاف[٢]، فاضرب أحد المخرجين في الآخر، فيصير أربعة وعشرين، ثم اضرب شيئين، وثلث شيء في أربعة وعشرين، فيكون ستة وخمسين، هذا هو المال، والنصيب الكامل أربعة وعشرون.

وطريق الدنيار والدرهم: أن نجعل ثلث المال دينارين وثلاثة دراهم، لحاجتنا إلى أن نعطي بالنصيب شيئا له نصف، وأن يكون لما يبقى من الثلث ثلث، ثم يعطى بالنصيب أربعة دنا ـر، ديناران من الثلث، وديناران قرض عليك تؤديها من الثلث، واسترجعنا من النصيب نصفه، وهو ديناران، ويعطى بالوصية الثانية ثلث ما بقي من الثلث، وذلك درهم، يبقى درهمان يضمهما مع المسترجع إلى ثلثي المال، فيصير ستة دنانير[٣] وثمانية دراهم، وحاجتنا إلى ثمانية دنانير؛ لأنا أعطينا بالنصيب أربعة دنانير، فالستة قصاص

---

(١) "شيء" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "الإتلاف" ساقط من (ج) و (د).

(٣) من قوله: "درهم" إلى قوله: "ستة دنانير" ساقط من (ج) و (د).

بستة، يبقى ثمانية دراهم تعدل دينارين، فأقلب الفضة، واجعل أجزاء الدنانير أجزاء الدراهم، وأجزاء الدراهم أجزاء الدنانير، كل دينار بمعنى أربعة دراهم، وكل درهم بمعنى اثنين، وقد كنا جعلنا ثلث المال دينارين، وذلك ثمانية دراهم وثلاثة دراهم، وهو بمعنى ستة دراهم، فكان ثلث المال أربعة عشر، والنصيب[1] الكامل كان أربعة دنانير، وذلك ستة عشر، والمسترجع نصفه، وذلك ثمانية، والتخريج إلى آخره.

ولو قال: إلا نصيب ابن خامس لو كان، والمسئلة بحالها.

فالتخريج على طريق بعض المشايخ: أن تأخذ مالا يمكن قسمته بين اثنين وبين خمسة، وذلك عشرة، وتزيد عليه تفاوت ما بين القسمتين، وذلك ثلاثة، فيصير ثلاثة عشر، ثم تضرب في ثلاثة، فيكون تسعة وثلاثين، ثم تطرح تفاوت ما بين القسمتين الذي زدناها، يبقي ستة وثلاثون هو ثلث المال.

حاصل الوصية أن ناخذ تفاوت ما بين القسمتين[2]، وذلك ثلاثة، وتضربه في ثلاثة ثم في ثلاثة، فيكون سبعة وعشرين، ثم تطرح تفاوت ما بين القسمتين التي زدناها، يبقى أربعة وعشرون، متى رفعت هذا عن ثلث المال يبقى من الثلث اثني عشر، أعط للموصى له الثاني أربعة، يبقى ثمانية تضمّها إلى ثلثي المال، وذلك اثنان وسبعون، فيصير ثمانين إذا قسمته بين ابنين أصاب كل ابن أربعون، فهو النصيب الكامل، والمسترجع ستة عشر، وذلك خمسا النصيب الكامل، والتخريج إلى آخره.

وطريقة الحشو: أن تقول أوصى بوصيتين، فلابدّ من معرفة مخرج الأولى حتى تبنى

---

(١) وفي نسخه (ج) و (د): "الثلث" بدل النصيب.

(٢) سقطت العبارة من قوله: "الذي زدناها" إلى قوله: "ما بين القسمتين". من (ج) و (د).

عليها الثانية، وطريق ذلك أن تجعل المال سهمين على عدد الابنين، وتزيد عليه واحدا، لمكان الوصية بمثل أحدهما فيصير ثلاثة، ثم اقسم ما في يد الابنين على خمسة لمعرفة المسترجع، وقسمة سهمين على خمسة لاتستقيم، فاضرب أصل المال، وذلك ثلاثة في مخرج الخمس، فيكون خمسة عشر، كان للابنين سهمان، فصار عشرة، وكان للموصى له سهم واحد فصار خمسة، إذا قسمنا ما للورثة، وذلك عشرة على خمسة، يكون للإبن الخامس سهمان، فاطرح ذلك عن نصيب الورثه؛ لأن ذلك يعود إليهما بالاستثناء، يبقي لهما ثمانية، والنصيب الكامل خمسة، والمسترجع سهمان، وهو خمسا النصيب الكامل، وحاصل الوصية ثلاثة، فيكون ثلاثة عشر، فهو مخرج الوصية الأولى، فتضرب هذا في مخرج الوصية الثانية، وذلك ثلاثة يكون تسعة وثلاثين، ثم اطرح حاصل الوصية، وذلك ثلاثة، يبقى ستة وثلاثون، فهو ثلث المال.

ومعرفة النصيب الكامل: خذ النصيب الكامل، وذلك خمسة، واضربه في ثلاثة [ثم في ثلاثة][1]، فيكون خمسة وأربعين، ثم اطرح ما أخذت، وذلك خمسة، يبقى أربعون، هو النصيب الكامل.

ومعرفة المسترجع: خذ المسترجع، وذلك اثنان، واضربه في [ثلاثة ثم في ثلاثة][2] ثم في ثلاثة، فيكون ثمانية عشر، ثم اطرح سهمين، يبقى ستة عشر، فهي خمسا النصيب الكامل، يبقى حاصل الوصية أربعة وعشرون ارفع من ثلث المال، وذلك ستة وثلاثون أربعة وعشرين، يبقى من الثلث اثني عشر، أعط بالوصية الثانية أربعة، يبقى ثمانية ضمّها

---

(١) ما بين المعكوفتين: زياده في (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين: زيادة في (ج) و (د).

إلى ثلثي المال، وهو اثنان وسبعون، فيكون ثمانين، إذا قسمنا بين اثنين، كان لكل ابن اربعون مثل ما اعطينا بالنصيب الكامل، ولو قسمنا بين[1] خمسة بنين، كان لكل ابن ستة عشر مثل ما استرجعنا.

وطريق الدينار والدرهم: أن تجعل ثلث المال ثلاثة دنانير وثلاثة دراهم، أعط بالنصيب خمسة دنانير، ثلاثة دنانير من ثلث المال، وديناران قرض عليك، واسترجع بالاستثناء دينارين، لعلمنا أن المسترجع من النصيب الكامل قدر خمسيه، وأعط بالوصية الثانية ثلث ما بقي من الثلث قبل الاسترجاع، وذلك دراهم واحد، يبقى درهمان، وما استرجعنا من النصيب الكامل، وذلك ديناران، نضمّ هذا إلى ثلثي المال، وذلك ستة دنانير وستة دراهم، وحاجتنا إلى عشرة دنانير، لأنا أعطينا بالنصيب الكامل [خمسة دنانير][2]، فينبغي أن يكون للابنين عشرة دنانير، ومعنا ستة دنانير، فيصير قصاصا بستة، يبقى ثمانية دنانير، تعدل أربعة دنانير، فأقلب الفضة، واجعل أجزاء الدنانير أجزاء الدراهم، وأجزاء الدراهم أجزاء الدنانير، كل دينار بمعنى ثمانية، وكل درهم بمعنى أربعة، وقد كنا جعلنا ثلث المال في الابتداء، ثلاثة دنانير، وثلاثة دراهم، كل دينار بمعنى ثمانية، وكل درهم بمعنى أربعة، فيكون ستة وثلاثين، والتخريج إلى آخره.

وطريق الجبر والمقابلة: أن تأخذ مالا، وتجعله نصيبين؛ لأنهما ابنان، وترفع من ذلك نصيا، ثم تسترجع منه خمسي نصيب، لأنا جعلنا المال نصيبين.

ولو كان البنون خمسة، كان النصيبان بينهم أخماسا، لكل واحد خمسا نصيب،

---

(١) العبارة من قوله: "اثنين كان لكل" إلى قوله: "ولو قسمنا بين" ساقط من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين: زيادة في (ج) و (د).

فظهر أن المسترجع خمسا النصيب، فكانت الوصية ثلاثة أخماس نصيب، فتستقبل الحساب، وتأخذ ثلث المال، وتدفع إلى الموصى له ثلاثة أخماس نصيب، وتدفع بالوصية الثانية تسع مال إلا خمس نصيب؛ لأن ثلث المال إذا كان منقوصا بثلاثة أخماس نصيب كان كل تسع منقوصا بخمس نصيب، بقي من الثلث تسعا مال إلا خمس نصيب نضمّه إلى ثلثي المال، فيصير ثمانية أتساع مال إلا خمسي نصيب يعدل نصيبين، إلا ان ثمانية الأتساع ناقصة بخمسي نصيب، فاجبر النقصان بخمسي النقصان، [1] وزد فيما يعدله، وذلك نصيبان أيضا خمسى نصيب، وصار ثمانية اتساع مال يعدل نصيبين و خمسى نصيب[2]، إلا أن المال ناقص بتسع فاجبره بأن تزيد عليه ثمنه، وإذا زدت عليه ثمنه زد فيما يعدله، وذلك نصيبان وخمسا نصيب ثمنه، فانكسر الحساب بالأثمان والاخماس، فاضرب خمسة في ثمانية فيصير أربعين. ثم اضرب نصيبين وخمسي نصيب في أربعين، فيصير ستة وتسعين، ثم زد عليه مثل ثمنه، وذلك اثنا عشر، فيصير مائة وثمانية.

هذا هو المال، وثلث المال ستة وثلاثون، والنصيب الكامل أربعون؛ لأنا ضربنا كل نصيب في أربعين، فكان النصيب أربعين، والمسترجع خمسا النصيب، وذلك ستة عشر، وحاصل الوصية أربعة وعشرون، إذا رفعنا أربعة وعشرين من ثلث المال، يبقى اثنا عشر، ترفع بالوصية الثانية أربعة[3]، يبقى ثمانية نضمّها إلى ثلثي المال، فيصير ثمانين، وتمّ التخريج.

---

(١) في الأصل: بخمسى النقصان، وفي (الف) بخمسى النصيب كما في (ج).

(٢) من قوله: " أيضا خمسى" إلى قوله "خمسى نصيب" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "أربعة" ساقط من (ج) و (د).

ولو قال: إلا نصيب ابن سادس، والمسئلة بحالها، فعلى طريقة [المشايخ][1] تأخذ مالا يمكن قسمته بين ابنين وستة، وذلك ستة، وتزيد عليها تفاوت ما بين القسمتين، وذلك اثنان، فيكون ثمانية، ثم تضرب في ثلاثة لأجل الثلث، ثم تطرح ما زدنا، وذلك سهمان، يبقى اثنان وعشرون، فهو ثلث المال.

ومعرفة حاصل الوصية: أن تأخذ تفاوت ما بين القسمتين، وهو اثنان، وتضرب في ثلاثة ثم في ثلاثة، فيكون ثمانية عشر، ثم تطرح ما أخذنا، يبقى ستة عشر، فهو حاصل الوصية، والتخريج إلى آخره.

وتخريجها على طريقة الحشو: أن تجعل المال سهمين، ثم تزيد واحدا لأجل الوصية بالنصيب، وتقسم ما في يد الابنين على ستة لمعرفة نصيب السادس، ويصير كل المال أيضا مقسوما على ستة، وقسمة ثلاثة على ستة لا يستقيم، فضربنا أصل المال، وهو ثلاثة في مخرج الكسر، وهو النصف، فضربنا ثلاثة في ثلاثة، فصار تسعة، للموصى له ثلاثة وللورثة ستة، ثم تطرح نصيب الابن السادس مما في يد الورثة، فيبقى لهما خمسة، فيصير كل المال ثمانية، أعط بالنصيب الكامل ثلاثة، واسترجع نصيب الابن السادس، وهو واحد، وتضمّه إلى ما في يد الورثة، فيصير ستة لو قسمنا بين ستة بنين، كان لكل واحد منهم سهم مثل ما استرجعنا، ولو قسمنا بين ابنين كان لكل ابن ثلاثة[2] مثل ما أعطينا بالنصيب.

فإذا عرف أن مخرج الوصية الأولى ثمانية، وظهر أن المسترجع ثلث النصيب

---

(١) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج) و (د).

(٢) قوله: "مثل ما استرجعنا، ولو قسمنا بين ابنين كان لكل ابن ثلاثة" ساقط من (ج) و (د).

الكامل، وحاصل الوصية ثلثا النصيب الكامل، بقيت الوصية الثانية، اضرب ثمانية في مخرج الوصية الثانية، وهو ثلاثة، فيصير أربعة وعشرين، ثم اطرح منه مثل الوصية الحاصلة، وذلك اثنان، يبقى اثنان وعشرون، فهو ثلث المال، وكل المال ستة وستون.

فعُد الى أصل الحساب، وخذ النصيب الكامل من الوصية الأولى، وذلك ثلاثة، واضربه في ثلاثة، فيكون تسعة، ثم في ثلاثة فيكون سبعة وعشرين، ثم اطرح ما أخذت أولا، وذلك ثلاثة، يبقى أربعة وعشرون، فهو النصيب الكامل، استرجع منه مثل ثلثه، وذلك ثمانية، يبقى ستة عشر هو الوصية الحاصلة، إذا رفَعتَ حاصل الوصية من ثلث المال، وذلك اثنان وعشرون، يبقى ستة، أعط بالوصية الثانية سهمين، يبقى أربعة تضمّها إلى ثلثي المال، وهو أربعة وأربعون، فيصير ثمانية وأربعين، إذا قسمتها بين ابنين أصاب كل واحد منهما أربعة وعشرون، مثل ما أعطينا بالنصيب.

ولو قسمنا بين ستة بنين، أصاب كل واحد منهم ثمانية، مثل ما استرجعنا.

ومحمد خرجها من ثلاثة وثلاثين بطريق الاختصار، لموافقة بين الأجزاء في النصف.

وطريقة الدينار والدرهم: أن تجعل ثلث المال أربعة دنانير وثلاثة دراهم، أعط بالنصيب ستة دنانير، أربعة من الثلث، وديناران قرض عليك، وأعط بالوصية الثانية ثلث ما بقي من الثلث، وهو درهم واحد، واسترجع بالاستثناء ثلث النصيب، وذلك ديناران، فصار في يدك ديناران ودرهمان، تضمّ هذا إلى ثلثي المال، وذلك ستة دراهم، وثمانية دنانير، فيصير ثمانية دراهم وعشرة دنانير، وأنه يعدل اثني عشر دينارا، لأنا أعطينا بالنصيب ستة دنانير، ينبغي أن يكون لكل ابن مثل ذلك، فالعشرة الدنانير قصاص بمثلها،

يبقى ثمانية دراهم تعدل دينارين، فأقلب الفضة، واجعل أجزاء الدنانير أجزاء الدراهم، وأجزاء الدراهم أجزاء الدنانير، كل دينار بمعنى أربعة، وكل درهم بمعنى اثنين.

وقد كنا جعلنا المال أربعة دنانير وثلاثة دراهم، كل دينار بمعنى أربعة، وكل درهم بمعنى درهمين، فذلك اثنان وعشرون، رفعنا بالنصيب ستة دنانير، واسترجعنا دينارين، بقي حاصل الوصية أربعة دنانير، وذلك ستة عشر درهما، رفعنا ستة عشر درهما من الثلث، بقي من الثلث ستة دراهم، رفعنا بالوصية الثانية درهمين، بقي معنا أربعة دراهم، ضممناها إلى ثلثي المال، وذلك ستة دراهم وثمانية دنانير، كل دينار بمعنى أربعة، وكل درهم بمعنى درهمين، فذلك أربعة وأربعون، فإذا ضممنا أربعة دراهم من الثلث يصير معنا ثمانية وأربعون لو قسمنا بين ابنين يكون لكل ابن أربعة وعشرون درهما تعدل ستة دنانير مثل ما أعطينا بالنصيب.

ولو قسمنا بين ستة بنين أصاب كل ابن ثمانية دراهم تعدل دينارين مثل ما استرجعنا.

والتخريج بطريق الجبر والمقابلة: أن تجعل المال نصيبين، وتدفع بالوصية نصيبا، وتسترجع ثلث نصيب لأنا جعلنا المال نصيبين.

ولو كان البنون ستة، كان النصيبان بينهم أسداسا، لكل واحد منهم سدسا نصيب، وهو ثلث نصيب واحد، فعرفنا أن المسترجع ثلث النصيب، والوصية الحاصلة ثلثا نصيب، فتأخذ ثلث المال، وتدفع بالوصية الأولى ثلثي نصيب، فصار الثلث ناقصا بثلثي نصيب مال، وهو ستة أتساع نصيب، ادفع بالوصية الثانية ثلث الثلث[1]، وهو تسع مال إلا تسعا

---

(١) كذا في الأصل، وجاء في (ج) و (د): "مال إلا أربعة أتساع" بدل قوله: "ثلث الثلث" وما ثبت

نصيب، بقي معنا من الثلث تسعا مال إلا أربعة أتساع نصيب، نضمّه إلى ثلثي المال، فصار معنا ثمانية أتساع مال إلا أربعة أتساع نصيب، وإنها تعدل نصيبين، غير أنه ناقص بأربعة أتساع نصيب، فاجبر ثمانية أتساع المال بأربعة أتساع نصيب[1].

وزد فيما يعدله مثل ذلك، فصار معنا ثمانية أتساع مال يعدل نصيبين وأربعة أتساع نصيب، غير أن المال ناقص بتسع، فاجبره بأن تزيد عليه مثل ثمنه، وزد فيما يعدله مثل ذلك، ونصيبان وأربعة أتساع نصيب يكون اثنين وعشرين، زدنا مثل ثمنه، وذلك سهمان وثلاثة أرباع سهم، فيصير أربعة وعشرين، وثلاثة أرباع سهم انكسر بالأرباع، فاضرب أربعة وعشرين وثلاثة أرباع سهم في أربعة، يكون تسعة وتسعون، خذ ثلث المال، وهو ثلاثة وثلاثون، وأعط بالنصيب تسعة مضروبة في أربعة، يكون ستة وثلاثين.

استرجع بالاستثناء ثلث النصيب اثني عشر، وسلم له ثلثا النصيب أربعة وعشرون، فكانت الوصية الحاصلة أربعة وعشرين، رفعنا ذلك من ثلث المال، وهو ثلاثة وثلاثون، بقي من الثلث تسعة عشر، أعطينا بالوصية الثانية ثلاثة، بقي ستة، ضممناها إلى ثلثي المال، وذلك ستة وستون، يصير اثنين وسبعين إذا قسمنا بين ستة بنين أصاب كل ابن اثنا عشر مثل ما استرجعنا.

ولو قال: إلا نصيب ابن سابع، والمسألة بحالها، فعلى طريق بعض المشايخ تأخذ أربعة عشر، وتزيد عليه خمسة تفاوت ما بين القسمتين، وتضرب ذلك في ثلاثة، ثم تطرح ما أخذنا، وذلك خمسة يبقى اثنان وخمسون، فهو ثلث المال.

في الأصل أنسب للمعنى.

(١) قوله: "فانها تعدل" إلى قوله: "اتساع نصيب" ساقط من (ج) و (د).

ومعرفة حاصل الوصية، أن تأخذ خمسة تفاوت ما بين القسمتين، وتضرب في ثلاثة ثم في ثلاثة، ثم تطرح خمسة، يبقى أربعون، والتخريج إلى آخره.

وأما التخريج بطريقة الحشو: أن تجعل المال سهمين لمكان الابنين، وتزيد عليه سهما لمكان الوصية، ثم تقسم ما في يد الابنين على سبعة لمعرفة نصيب الابن السابع، وقسمة سهمين على سبعة لا يستقيم، فاضرب أصل المسألة، وذلك ثلاثة في مخرج السبع، يكون أحدا وعشرين، وكان نصيب الموصى له سهما، فصار سبعة، وصار نصيب الابنين أربعة عشر، لو قسمنا أربعة عشر على سبعة بنين كان نصيب كل ابن سهمين.

فظهر أن المسترجع سهمان، اطرح ذلك من نصيب الورثة،، يبقى في يد الورثة اثني عشر، وفي يد الموصى له سبعة، والكل تسعة عشر، أعط للموصى له بالنصيب سبعة، واسترجع سبعي النصيب، وذلك سهمان، وضمّ ذلك إلى ما في يد الورثة، فيصير في يدهم أربعة عشر، إذا قسمنا بين ابنين نصيب كل واحد منهما سبعة مثل ما أعطينا بالنصيب.

ولو قسمنا بين سبعة بنين، أصاب كل واحد منهم سهمان مثل ما استرجعنا، فعرفنا أن مخرج الوصية الأولى من تسعي عشر النصيب الكامل سبعة، والمسترجع سبعا النصيب، والوصية الحاصلة خمسة، فإذا ضمّ إليها الوصية الثانية اضرب مخرج الوصية الأولى في مخرج الوصية الثانية، وذلك ثلاثة، فيكون سبعة وخمسين، ثم اطرح من ذلك حاصل الوصية، وذلك خمسة، يبقى اثنان وخمسون، هذا هو[1] ثلث المال، وكل المال مائة وستة وخمسون.

---

(١) "هو" ساقط من (ج) و (د).

إذا عرف المال خذ النصيب الكامل في المسألة الأولى، وذلك سبعة، وأضربه في ثلاثة بكون احدا عشرين، ثم اضربه في ثلاثة يصير ثلاثة وستين، واطرح ما أخذت للنصبب الكامل، وذلك سبعة، يبقى ستة وخمسون، فهو النصيب الكامل، استرجع منه سبعيه ستة عشر، كل سبع ثمانية، يبقى خمسة أسباع النصيب، وذلك أربعون، فهو حاصل الوصية.

إذا عرفت حاصل الوصية خذ ثلث المال، وذلك اثنان وخمسون، وارفع منه حاصل الوصية أربعين، يبقى من الثلث اثني عشر، ثم ادفع بالوصية ثلث ما بقي، وذلك أربعة، يبقى ثمانية، ضمّها إلى ثلثي المال، وذلك مائة وأربعة، يصير مائة واثني عشر، إذا قسمت بين ابنين أصاب كل ابن ستة وخمسون مثل ما أعطينا بالنصيب.

ولو قسمنا بين سبعة بنين أصاب كل ابن ستة عشر مثل ما استرجعنا. إلا أن محمدا رحمه الله خرّجها بطريق الاختصار من ربع ما قلنا، وذلك تسعة وثلاثون لموافقة بين الأجزاء في الربع.

وأما التخريج بطريقة الدينار والدرهم: أن يجعل ثلث المال خمسة دنانير وثلاثة دراهم، وأعط بالنصيب سبعة دنانير، واسترجع سبعي النصيب، وذلك ديناران، لأنا نعلم أن نصيب الابن السابع يكون سبعي نصيب أُحد[1] الابنين، وادفع درهما بالوصية بثلث ما بقي من الثلث، بقي من الثلث[2] درهمان، ضمّهما مع الدينارين إلى ثلثي المال، وذلك عشرة دنانير، وستة دراهم، فيصير اثني عشر دينارا وثمانية دراهم، وحاجتنا إلى أربعة

(١) "احد" ساقط من (ج) و (د).

(٢) وجاء في(ج) و (د): "بقدر الثلث" وهو خطأ.

عشر دينارا، لأنا أعطينا بالنصيب سبعة دنانير، ينبغي أن يكون لكل واحد من الابنين مثل ذلك، فاثنا عشر دينارا يصير قصاصا بمثلها.

بقي ثمانية دراهم تعدل دينارين، فأقلب الفضة، واجعل أجزاء الدراهم أجزاء الدنانير، وأجزاء الدنانير أجزاء الدراهم، كل دينار بمعنى أربعة دراهم، وكل درهم بمعنى درهمين، وقد كنا جعلنا ثلث المال ثلثة دراهم وخمسة دنانير، كل دينار بمعنى اربعة، وكل درهم بمعنى درهمين[1] فكان ثلث المال ستة وعشرين، وكل المال ثمانية، وسبعين، وأعطينا بالنصيب سبعة دنانير يعدل ثمانية عشرين درهم[2] واسترجعنا دينارين يعدلان ثمانية دراهم.

بقي حاصل الوصية خمسة دنانير يعدل عشرين درهما، فإذا عرف حاصل الوصية ارفع ذلك من ثلث المال، وهو ستة وعشرون درهما، يبقى من الثلث ستة دراهم، دفعنا ثلث ذلك إلى الموصى له الثاني، بقي من الثلث أربعة نضمّها إلى ثلثي المال، وذلك اثنان وخمسون، فيصير ستة وخمسين لو قسمت بين ابنين أصاب كل ابن ثمانية وعشرون مثل ما أعطينا بالنصيب، ولو قسمنا بين سبعة بنين أصاب كل ابن ثمانية مثل ما استرجعنا.

وطريق الجبر والمقابلة: أن يجعل المال نصيبين، وتقسم ذلك على سبعة لمعرفة المسترجع، فيكون أربعة عشر، ويصير كل نصيب سبعة، ولو قسمت أربعة عشر بين سبعة بنين أصاب كل ابن سهمان، وذلك سبعا النصيب، فإذا عرفت أن حاصل الوصية خمسة أسباع نصيب استقبل الحساب، وخذ ثلث المال، وأعط منه خمسة أسباع نصيب، يبقى

---

(١) العبارة من قوله: "وقد كنا جعلنا ثلث" إلى قوله: "بمعنى درهمين" ساقط من (ج) و (د).

(٢) العبارة من قوله: "وسبعين" إلى قوله: "عشرين درهم" ساقط من (ج) و (د)..

ثلث مال إلا خمسة أسباع نصيب، ويكون كل سُبع من المال منقوصا بسبع نصيب، وثلثي سبع نصيب، ثم أعط بالوصية الثانية ثلث ما بقي من الثلث، وذلك تسع مال إلا سبع نصيب، وثلثي سبع نصيب، يبقى من الثلث تسعا مال إلا ثلاثة أسباع نصيب، وثلث سبع نصيب، تضمّه إلى ثلثي المال، وهو ستة أتساع المال، فصار معنا ثمانية أتساع مال إلا ثلاثة أسباع نصيب، وثلث سبع نصيب، وأنه يعدل نصيبين، إلا أنه ناقص بثلاثة أسباع نصيب، وثلث سبع نصيب، فاجبر النقصان بزيادة ذلك القدر.

وإذا زدت ذلك في ثمانية أتساع المال، زد فيما يعدله، وهو نصيبان مثل ذلك، فيصير ثمانية أتساع مال يعدل نصيبين وثلاثة أسباع نصيب، وثلث سبع نصيب، غير أن المال ناقص بالتسع، فزد عليه مثل ثمنه حتى يتمّ، وزد فيما يعدله أيضا ثمنه، وليس للنصيبين وثلاثة أسباع نصيب، وثلث سبع نصيب[1] ثمن، فابسط الأجزاء، واجعل كل نصيب احدا وعشرين جزاء ليكون له سبع، ولسبعه ثلث، فإذا صار النصيب الواحد إحدى وعشرين، كان النصيبان اثنين وأربعين جزءا، وثلاثة أسباع نصيب، وثلث سبع نصيب عشرة أجزاء، فيكون الكل اثنين وخمسين، وزد عليه ثمنه، وذلك ستة ونصف، فصار الكل ثمانية وخمسين ونصف، وانكسر بالإنصاف فضعف، فيصير مائة وسبعة عشر، وصار كل نصيب اثنين وأربعين، فخذ الثلث، وذلك تسعة وثلاثون.

وارفع منه حاصل الوصية، وهو خمسة أسباع النصيب، وذلك ثلاثون، يبقى من الثلث تسعة، ارفع ثلث ذلك بالوصية الثانية، يبقى ستة، ضمّها إلى ثلثي المال، وذلك ثمانية وسبعون، فيصير الكل أربعة وثمانين، إذا قسمنا بين ابنين يكون لكل ابن اثنان

---

(١) "نصيب" ساقط من (ج) و (د).

وأربعون مثل ما أعطينا بالنصيب.

ولو قسمنا بين سبعة بنين، أصاب كل ابن اثني عشر سبعا النصيب الكامل فاستقام التخريج.

ومحمد رحمه الله خرّجها من تسعة وثلاثين، وهو ثلاث مائة وسبعة عشر لموافقة بين الأجزاء في الثلث.

ولو قال: "إلا نصيب ابن ثامن"، والمسألة بحالها، فعلى طريق بعض المشايخ تخرج من مائة وثمانين تأخذستة عشر، وتزيد عليه تفاوت ما بين القسمتين، وذلك ستة، وتضربه في ثلاثة، يكون ستة وستين، ثم اطرح تفاوت ما بين القسمتين، وذلك ستة، يبقى ستون هو ثلث المال.

وطريق معرفة حاصل الوصية: أن تأخذ تفاوت ما بين القسمتين، وذلك ستة، وتضربه في ثلاثة، ثم في ثلاثة، فيكون أربعة وخمسين، ثم تطرح ما أخذناه، وذلك ستة، يبقى ثمانية وأربعون، إذا رفعنا ذلك من ستين يبقى اثنا عشر، ندفع بالوصية الثانية أربعة، وتضمّ ثمانية إلى ثلثي المال، وذلك مائة وعشرون، يصير مائة وثمانية وعشرين لو قسمنا بين ابنين أصاب كل ابن أربعة وستين، ولو قسمنا بين ثمانية، أصاب كل بن ستة عشر مثل ما استرجعنا.

والتخريج بطريقة الحشو: أن تأخذ اثنين لأجل الابنين، وتزيد عليه واحد لمكان الوصية، ثم تقسم ما في يد الابنين، وهو اثنان على ثمانية لمعرفة المسترجع، وذلك لا يستقيم، كان ينبغي أن تضرب اثنين في ثمانية، لكن لمكان الاختصار والموافقة في الربع والنصف، ضربنا أصل المسألة، وهو ثلاثة في أربعة، فصار الابنان ثمانية، وسهم الوصية

أربعة، والكل اثنا عشر.

اطرح عما في يد الورثة سهما واحدا، بقي الكل أحد عشر، أعط للموصى له أربعة، واسترجع سهما، وضمّ هذا السهم إلى ما في يد الورثة، فيصير في يدهم ثمانية، لو قسمناها بين ابنين أصاب كل ابن اربعة مثل ما أعطينا بالنصيب، ولو قسمناها بين ثمانية[1] أصاب كل ابن سهم واحد مثل ما استرجعنا.

إذا عرف أنه لو لم يكن هنا الوصية الثانية، كان مخرج الوصية الأولى من أحد عشر، فإذا ضمّ إليها الوصية الثانية ضرب مخرج الوصية الأولى في مخرج الوصية الثانية، وذلك ثلاثة، يصير ثلاثة وثلاثين، اطرح حاصل الوصية في المسألة الأولى، وذلك أربعة، واضربه في ثلاثة، يصير ستة وثلاثين، ثم اطرح ما أخذت للنصيب الكامل، و ذلك اربعة[2]، يبقى اثنان وثلاثون، فهو النصيب الكامل.

استرجع بالاستثناء ربعه ثمانية، يبقى أربعة وعشرون، فهو حاصل الوصية، إذا رفعنا ذلك من ثلث المال يبقى ستة، ندفع بالوصية الثانية سهمين، يبقى أربعة نضمّها إلى ثلثي المال، صار أربعة وستين، إذا قسمنا بين ابنين أصاب كل ابن اثنان وثلاثون، مثل ما أعطينا بالنصيب. ولو قسمنا بين ثمانية بنين، أصاب كل ابن ثمانية، مثل ما استرجعنا.

ومحمد رحمه الله خرّجها من خمسة وأربعين، لموافقة الأجزاء في النصف.

وأما طريق الدينار والدرهم: أن نجعل ثلث المال ستة دنانير وثلاثة دراهم،

---

(١) من قوله: "لو قسمناها" إلى قوله: "بين ثمانية" ساقط من (ج) و (د).

(٢) سقط قوله: "وذلك اربعة" في (ج) و (د).

وتجعل النصيب ثمانية دنانير، ونسترجع دينارين لعلمنا أن المسترجع ربع النصيب الكامل، وندفع بالوصية الثانية درهما، يبقى معنا من الثلث درهمان، نضمهما مع المسترجع إلى ثلثي المال، وهو ستة دراهم واثنا عشر دينارا، فيصير معنا ثمانية دراهم وأربعة عشر دينارا، وحاجتنا إلى ستة عشر دينارا؛ لأنا أعطينا بالنصيب ثمانية دنانير، ينبغي أن يكون للابنين ضعف ذلك، فأربعة عشر دينارا قصاص بمثلها، يبقى ثمانية دراهم تعدل دينارين، فأقلب الفضة، واجعل أجزاء الدراهم أجزاء الدنانير، وأجزاء الدنانير أجزاء الدراهم، كل دينار بمعنى أربعة دراهم، وكل درهم بمعنى درهمين، بلغ ذلك ثلاثين.

ومعرفة النصيب: أعطينا بالنصيب ثمانية دنانير، كل دينار بمعنى أربعة، فهو اثنان وثلاثون، ومعرفة حاصل الوصية أنا استرجعنا من النصيب الكامل دينارين، بقي ستة دنانير، كل دينار أربعة، فذلك أربعة وعشرون، فهو حاصل الوصية، فنأخذ ثلث المال، ونرفع منه حاصل الوصية أربعة وعشرين، بقي من الثلث ستة، أعطينا بالوصية الثانية سهمين، بقي أربعة، ضممناها إلى ثلثي المال، فيصير أربعة وستين، لو قسمنا بين ابنين أصاب كل ابن اثنان وثلاثون، ولو قسمنا بين ثمانية، أصاب كل ابن ثمانية، فاستقام التخريج.

والتخريج بطريق الجبر والمقابلة: أن نجعل المال نصيبين لأجل الوصية، وندفع نصيبا، ونسترجع منه نصيب ابن ثامن.

ولو كان البنون ثمانية، كان النصيبان بينهم أثمانا، لكل واحد منهم ربع نصيب فنسترجع ربع نصيب، بقي للوصية ثلاثة أرباع نصيب، فنستقبل الحساب، ونأخذ ثلث المال، وترفع منه حاصل الوصية، وذلك ثلاثة أرباع نصيب، بقي ثلث مال إلا ثلاثة أرباع

نصيب، ندفع بالوصية الثانية ثلث ما بقي، وهو تسع مال إلا ربع نصيب، فبقي من الثلث تسعا مال إلا نصف نصيب، نضمّه إلى ثلثي المال، فيصير معنا ثمانية أتساع مال إلا نصف نصيب يعدل نصيبين، غير أن المال ناقص بنصف نصيب، فزد عليه نصف نصيب، وزد فيما يعدله مثل ذلك، فصار معنا ثمانية أتساع مال يعدل نصيبين ونصف، إلا أن المال ناقص بالتسع، فزد عليه ثمنه ليكمل المال، وزد فيما يعدله ثمنه.

وطريق ذلك: أن نضرب نصيبين ونصف في ثمانية، فيصير عشرين، زدنا عليه ثمنه، وهو سهمان ونصف، فصار المال الكامل اثنين وعشرين، ونصف انكسر بالإنصاف، فضعف، فصار خمسة وأربعين، وكان النصيب قبل التضعيف ثمانية، فصار بعد التضعيف ستة عشر، أخذنا ثلث المال، وهو خمسة عشر، ورفعنا بحاصل الوصية ثلاثة أرباع النصيب، وهو اثنا عشر، يبقى من الثلث ثلاثة ندفع بالوصية الثانية سهما، ونضمّ الباقي، وهو سهمان إلى ثلثي المال، فبلغ اثنين وثلاثين لو قسمنا بين ابنين أصاب كل ابن ستة عشر مثل ما أعطينا بالنصيب.

ولو قسمنا بين ثمانية، كان لكل ابن أربعة مثل ما استرجعنا، وهو ربع النصيب الكامل، فتمّ التخريج.

ولو قال: "إلا نصيب ابن تاسع"، والمسألة بحالها، فالتخريج على طريقة بعض المشايخ أن تأخذ عددا يمكن قسمته بين ابنين وبين تسعة، وذلك ثمانية عشر، لو قسمنا بين ابنين أصاب كل واحد منهما تسعة، ولو قسمنا بين تسعة أصاب كل واحد منهم سهمان، فخذ تفاوت ما بين القسمتين، وذلك سبعة، ونزيد على ثمانية عشر، [فيكون][1] خمسة

(١) ما بين المعكوفتين: "زياده" من (ج) و (د)

وعشرين، ثم نضربه في ثلاثة، ثم تطرح من ذلك ما زدنا على ثمانية عشر، وذلك سبعة، يبقى ثمانية وستون، فهو ثلث المال.

ومعرفة حاصل الوصية: أن نأخذ تفاوت ما بين القسمتين، وذلك سبعة، ونضربه في ثلاثة، ثم في ثلاثة، يصير ثلاثة وستين، ثم نطرح من ذلك سبعة، يبقى ستة وخمسون، فهو حاصل الوصية، فارفع هذا من ثلث المال، يبقى من الثلث اثنا عشر، ارفع من ذلك أربعة بالوصية الثانية، وضمّ الثمانية إلى ثلثي المال الذي هو مائة وستة وثلاثون، يصير مائة وأربعة وأربعين، إذا قسمت بين ابنين أصاب كل ابن اثنان وسبعون، وان قسمت بين تسعة بنين أصاب كل ابن ستة عشر.

وأما التخريج بطريقة الحشو: أن نأخذ اثنين لأجل الابنين، ونزيد عليه سهما لأجل الوصية بالنصيب، ثم نقسم ما في يد الابنين على تسعة لمعرفة نصيب الابن التاسع، وقسمة اثنين على تسعة لا تستقيم، فاضرب أصل المال، وذلك ثلاثة في مخرج التسع، وذلك تسعة، فصار ما في يد الورثة ثمانية عشر، وما في يد[1] الموصى له تسعة، لو قسمنا ثمانية عشر على تسعة أصاب كل ابن سهمان، فعلمنا أن نصيب الابن التاسع سهمان، تسترجع ذلك من نصيب الموصى له.

يبقى للوصية سبعة، ويكون المسترجع تسعا النصيب الكامل، نطرح ذلك من نصيب الورثة، بقي في يد الورثة ستة عشر، وصار المال خمسة وعشرين، سبعة في يد الموصى له، فيسترجع سهمين من نصيب الموصى له، ونضمّ المسترجع إلى ما في يد الورثة، فيصير في يد الورثة ثمانية عشر، لو قسمنا بين ابنين، أصاب كل ابن تسعة.

---

(١) "يد" ساقط من (ج) و (د).

ولو قسمنا بين تسعة بنين أصاب كل ابن سهمان، مثل ما استرجعنا، وكان مخرج الوصية الأولى من خمسة وعشرين لو لم يكن معها وصية أخرى، فإذا ضمّ إليها الوصية الثانية، وذلك ثلاثة، يصير خمسة وسبعين، ثم اطرح من ذلك حاصل الوصية في المسألة الأولى، وذلك سبعة، يبقى ثمانية وستون، فهو ثلث المال، ثم خذ النصيب الكامل في المسألة الأولى، وذلك تسعة، واضربه في ثلاثة، ثم في ثلاثة يصير أحدا وثمانين، ثم اطرح ما أخذت للنصيب، وذلك تسعة، يبقى اثنان وسبعون، فهو النصيب الكامل.

استرجع بالاستثناء تسعي ذلك، وهو ستة عشر، يبقى ستة وخمسون، فهو حاصل الوصية، إذا عرفت حاصل الوصية، وعرفت ثلث المال خذ ثلث المال، وهو ثمانية وستون، وارفع من ذلك حاصل الوصية ستة وخمسين، بقي من الثلث اثنا عشر، أعط بالوصية الثانية أربعة، وضمّ الثمانية إلى ثلثي المال، وهو مائة وستة وثلاثون، يصير مائة وأربعة وأربعين.

لو قسمنا بين ابنين أصاب كل ابن اثنين و سبعين مثل ما أعطينا بالنصيب الكامل[1]، ولو قسمنا بين تسعة بنين أصاب كل ابن ستة عشر مثل ما استرجعنا.

فخرجت المسألة من مائتين وأربعة، ومحمد رحمه الله خرّجها بطريق الاختصار من أحد وخمسين، لموافقة بين السهام بالربع، فكل من كان له سهم يأخذ رُبعه .

وأما التخريج بطريق الدينار والدرهم: أن نجعل ثلث[2] المال سبعة دنانير وثلاثة دراهم، فنعطي بالنصيب تسعة دنانير، وبالوصية الثانية درهما واحدا، ثم نسترجع

(١) سقطت العبارة من قوله: "لو قسمنا" إلى قوله: "بالنصيب الكامل" من (ج) و (د).

(٢) "ثلث" ساقط من (ج) و (د).

دينارين، ونضمّهما مع الدرهمين إلى ثلثي المال، فيصير معنا ستة عشر دينارا وثمانية دراهم، وحاجتنا إلى ثمانية عشر دينارا؛ لأنا أعطينا بالنصيب تسعة، ينبغي أن يكون للابنين ضعفها، فستة عشر دينارا قصاص بمثلها، يبقى ثمانية دراهم تعدل دينارين، فأقلب الفضة، واجعل أجزاء الدراهم أجزاء الدنانير، وأجزاء الدنانير أجزاء الدراهم، كل دينار بمعنى أربعة، وكل درهم بمعنى درهمين.

وقد كنا جعلنا ثلث المال سبعة دنانير وثلاثة دراهم، كل دينار بمعنى أربعة وكل درهم بمعنى درهمين، فكان الثلث أربعة وثلاثين، أعطينا بالنصيب تسعة دنانير تعدل ستة وثلاثين، واسترجعنا دينارين، وذلك ثمانية، ، بقي مع الموصى له سبعة دنانير تعدل ثمانية وعشرين [1] درهما، فهو حاصل الوصية.

إذا عرفت ثلث المال [2]، وعرفت حاصل الوصية، ارفع من ثلث المال حاصل الوصية ثمانية وعشرين، يبقى من الثلث ستة دراهم، أعط بالوصية الثانية درهمين، وضمّ الأربعة الباقية من الثلث إلى ثلثي المال الذي هو ثمانية وستون، يصير اثنين وسبعين، لو قسمنا بين ابنين أصاب كل ابن ستة وثلاثون، ولو قسمنا بين تسعة بنين أصاب كل ابن ثمانية مثل ما استرجعنا، فخرجت المسألة من مائة وسهمين، وهو تخريج [3] من أحد وخمسين، لموافقة بين الأجزاء في النصف.

---

(١) وفي (ج) و (د): "ثمانية وعشر درهما"، وهو خطأ.

(٢) قوله: "إذا عرفت ثلث المال" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "وهو تخريج" ساقط من (ج) و (د).

والتخريج بطريق الجبر و[المقابلة][1]: أن تجعل المال نصيبين، ندفع بالوصية نصيبا، وتسترجع نصيب ابن تاسع لو كان، ولو كان البنون تسعة كان النصيبان بينهم أتساعا، لكل واحد منهم تسعا نصيب، فعرفنا أن الوصية الأولى سبعة أتساع نصيب، فنستقبل الحساب، ونأخذ ثلث المال، وندفع منه بالوصية سبعة أتساع نصيب، فإذا انتقص ثلث[2] المال تسعة أتساع نصيب، صار كل تسع من المال ناقصا بتسعي نصيب وثلث تسع نصيب، يدفع بالوصية ثلث ما بقي من الثلث تسع مال إلا تسعى نصيب و ثلث تسع نصيب[3].

بقي من الثلث تسعا مال إلا أربعة أتساع نصيب وثلثي تسع نصيب، نضمّ ذلك إلى ثلثي المال، فصار معنا ثمانية أتساع مال إلا أربعة أتساع نصيب وثلثي تسع نصيب، وأنه يعدل نصيبين إلا أنه ناقص بأربعة أتساع نصيب وثلثي تسع نصيب، فاجبر النقصان، وزد عليه أربعة أتساع نصيب وثلثي تسع نصيب، وإذا زدت عليه، زد فيما يعدله، وذلك نصيبان مثل ذلك، فصار معنا ثمانية أتساع مال يعدل نصيبين، وأربعة أتساع نصيب، وثلثي تسع نصيب، إلا أن المال ناقص بالتسع، فاجبره بأن تزيد عليه مثل ثمنه.

وإذا زدت في المال ثمنه، زد فيما يعدله ثمنه، وليس للنصيبين وأربعة أتساع نصيب، وثلثي تسع نصيب ثمن، فكان طريق زيادة الثمن عليها أن تبسط الأجزاء، وتعدّ كل نصيب سبعة وعشرين، ليكون له تسع ولتسعه ثلث، فصار النصيبان وأربعة أتساع نصيب، وثلثي تسع نصيب ثمانية وستين، وزد عليه ثمنه ثمانية ونصف، فصار ستة

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٢) "ثلث" ساقط من (ج) و (د).

(٣) سقطت العبارة من قوله : "يدفع بالوصية" إلى قوله : "تسع نصيب"

وسبعين، ونصف انكسر بالإنصاف، فضعف، فصار الكل مائة وثلاثة وخمسين، وثلث المال أحد وخمسون، والنصيب الكامل أربعة وخمسون، والمسترجع اثنا عشر.

وحاصل الوصية، وذلك سبعة أتساع نصيب اثنان وأربعون، فنأخذ ثلث المال أحدا وخمسين، ورفعنا منه حاصل الوصية اثنين وأربعين، وبقي تسعة، ندفع بالوصية الثانية ثلث ما بقي من الثلث، وذلك ثلاثة، ونضمّ الستة الباقية إلى ثلثي المال، يصير مائة وثمانية أسهم، لو قسمنا بين ابنين، أصاب كل ابن أربعة وخمسون، مثل ما أعطينا بالنصيب، ولو قسمنا بين تسعة بنين، أصاب كل ابن اثنا عشر مثل ما استرجعنا.

ولو قال: "إلا نصيب ابن عاشر"، والمسألة بحالها، فعلى طريق بعض المشايخ نأخذ عشرة، ليمكن قسمته بين ابنين وبين عشرة، لو قسمنا بين عشرة، كان لكل ابن سهم، ولو قسمنا بين ابنين كان لكل ابن خمسة، وزد على العشرة تفاوت ما بين القسمتين، وذلك أربعة، فيصير أربعة عشر، ثم اضرب في ثلاثة لأجل الوصية الثانية، يصير اثنين وأربعين، ثم اطرح ما زدت، ، وذلك أربعة، يبقى ثمانية وثلاثون فهو ثلث المال، وكل المال مائة وأربعة عشر.

وأما معرفة حاصل الوصية: أن تأخذ تفاوت ما بين القسمتين، وذلك أربعة، وتضربه في ثلاثة ثم في ثلاثة، ثم تطرح أربعة، يبقى اثنان وثلاثون، فهو حاصل الوصية، متى رفعت هذا عن ثلث المال، وذلك ثمانية وثلاثون، يبقى من الثلث ستة تدفع بالوصية الثانية سهمين، وتضمّ الأربعة إلى ثلثي المال، وذلك ستة وسبعون يصير ثمانين، لو قسمنا بين ابنين أصاب كل ابن أربعون، ولو قسمنا بين عشرة، أصاب كل ابن ثمانية مثل ما استرجعنا، فخرجت المسألة من مائة وأربعة عشر.

والتخريج بطريق الحشو: أن تأخذ عدد الابنين، وتزيد عليهما واحدا، ثم تقسم ما في يد الابنين على عشرة لمعرفة المسترجع، فلم يستقم، فضربنا أصل المسألة، وذلك ثلاثة في مخرج العشر، فصار كل سهم عشرة، لو قسمنا ما في يد الابنين على عشرة، كان لكل ابن سهمان، فيطرح سهمين من نصيب الورثة، يبقى المال ثمانية وعشرون، عشرة في يد الموصى له، وثمانية عشر في يد الورثة، ثم تسترجع سهمين من نصيب الموصى له، وتضمّ إلى ما في يد الورثة، فصار في يد الورثة عشرون، لو قسمنا بين عشرة، أصاب كل ابن سهمان، مثل ما استرجعنا، ولو قسمنا بين ابنين، أصاب كل ابن عشرة، مثل ما أعطينا بالنصيب.

فعرفنا أن مخرج الوصية من ثمانية وعشرين، المسترجع سهمان، وحاصل الوصية ثمانية، فإذا ضمّ الوصية الثانية، نضرب مخرج الوصية الأولى في مخرج الوصية الثانية، وذلك ثلاثة، يصير أربعة وثمانين، ثم تطرح من ذلك حاصل الوصية في المسألة الأولى، وهو ثمانية، يبقى ستة وسبعون، فهو ثلث المال.

ومعرفة النصيب: أن تأخذ النصيب الكامل في المسألة الأولى، وذلك عشرة، وتضربه في ثلاثة، ثم في ثلاثة، ثم تطرح عشرة، يبقى ثمانون.

ومعرفة حاصل الوصية: أن تضرب ثمانية في ثلاثة ثم في ثلاثة، يصير اثنين وسبعين، ثم تطرح ثمانية، يبقى أربعة وستون، إذا رفعت أربعة وستين من ثلث المال يبقى اثنا عشر، تدفع بالوصية الثانية أربعة، وتضمّ الثمانية إلى ثلثي المال، وذلك مائة واثنان وخمسون، يصير مائة وستين، لو قسمنا بين ابنين، أصاب كل ابن ثمانون مثل ما أعطينا

بالنصيب[1]، ولو قسمنا بين عشرة أصاب كل ابن ستة عشر خمس النصيب الكامل.

فخرجت المسألة من مائتين وثمانية وعشرين، وعلى الطريقة الأولى خرجت[2] من مائة وأربعة عشر على النصف من هذا، ومحمد رحمه الله خرّجها بطريق الاختصار من سبعة وخمسين، لموافقة بين السهام في الربع، ورد الحساب إلى ما هوأوجز وأقلّ.

والتخريج بطريق الدينار والدرهم: أن تجعل ثلث المال ثمانية دنانير وثلاثة دراهم، وتعطي بالوصية الأولى عشرة دنانير، وتسترجع دينارين، وتدفع بالوصية الثانية درهما، وتضمّ الدرهمين والدينارين إلى ثلثي المال، يصير ثمانية دراهم وثمانية عشر دينارا، يعدل عشرين دينارا؛ لأنا دفعنا[3] إلى الموصى له بالنصيب عشرة دنانير، [بقي معنا ثلاثة دنانير][4]، ينبغي أن يكون للابنين ضعف ذلك، فالثمانية عشرة دينارا صار[5] قصاص بمثلها، بقي معنا ثمانية دراهم تعدل دينارين، فعرفنا أن كل دينار يعدل أربعة دراهم، فأقلب الفضة، واجعل أجزاء الدراهم أجزاء الدنانير، وأجزاء الدنانير أجزاء الدراهم، كل دينار بمعنى أربعة، وكل درهم بمعنى درهمين.

وقد كنا جعلنا ثلث المال في الابتداء ثمانية دنانير وثلاثة دراهم، فذلك ثمانية

(١) "بالنصيب" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "خرجت" ساقط من (ج) و (د).

(٣) و في (ج) و (د): "أعطينا" مكان "دفعنا".

(٤) ما بين المعكوفتين "زيادة" من (ج) و (د).

(٥) "صار" ساقط من (ج) و (د).

وثلاثون، وأعطينا بالنصيب عشرة دنانير، وذلك أربعون، واسترجعنا دينارين، وذلك ثمانية، والتخريج إلى آخره.

وأما التخريج بطريق الجبر والمقابلة: أن تجعل المال نصيبين، وتدفع بالوصية مثل نصيب أحدهما نصيبا، وتسترجع منه نصيب ابن عاشر لو كان، ولو كان البنون عشرة، كان النصيبان بينهم أعشارا، لكل ابن خمس نصيب واحد.

فإذا عرفنا أن المسترجع خمس نصيب كان حاصل الوصية أربعة أخماس نصيب، فنأخذ ثلث المال، وندفع بالوصية الأولى أربعة أخماس نصيب، بقي ثلث إلا أربعة أخماس نصيب، ندفع بالوصية الثانية ثلث ما بقي، وهو تسع مال إلا خمس نصيب، وثلث خمس نصيب، يبقى من الثلث تسعا مال إلا خمسي نصيب، وثلثي خمس نصيب إلا أن المال ناقص بالتسع، فزد عليه ثمنه حتى يكمل المال، وزد فيما يعدله أيضا ثمنه، وليس للنصيبين وخمسي نصيب وثلثي خمس نصيب ثمن، وابسط الأجزاء، فصار كل نصيب خمسة عشرة، وصار النصيبان وخمسا نصيب وثلثا خمس نصيب ثمانية وثلاثين، زد عليه ثمنه، وذلك أربعة وثلاثة أرباع سهم، فصار الكل اثنين وأربعين وثلاثة أرباع سهم انكسر بالأرباع، فاضرب لكل في مخرج الربع، فصار مائة واحدا وسبعين.

وقد كنا جعلنا النصيب خمسة عشر، وضربناه في أربعة، فصار ستين، والمسترجع قدر خمسه، وهو اثنا عشر، والتخريج إلى آخره.

ومحمد رحمه الله خرّجها من سبعة وخمسين؛ لأن بين السهام موافقة بالثلث.

رجل قال: "أوصيت لفلان بثلث مالي إلا ثلث مالي"، صحت الوصية، وبطل

الاستثناء؛ لأنه استثنى جميع ما تكلم به[1].

ولو قال: "إلا ثلث مالي يردّ على ورثتي"، كانت الوصية باطلة؛ لأن قوله: "ثلث مالي يردّ على ورثتي" كلام يصح الابتداء به؛ لأنه ابتداء وخبر، وإذا جعل ابتداء كان بمنزلة الاستثناء المنقطع، ولا يبقى استثناء حقيقة[2]؛ لأن الكلام مع الاستثناء تكلم بكلام واحد، فإذا انقطع البعض عن البعض كان الكلام الثاني نسخا للأول رجوعا عنه.

كما لو أوصى بثلث ماله، ثم قال: "ردّوا ثلث مالي على ورثتي" كان ذلك رجوعا، كذلك هنا.

أما إذا لم يفرد الاستثناء بالخبر كان الكل كلاما واحدا، فيكون استثناء حقيقة، وفي حقيقة الاستثناء لا يجعل الاستثناء رجوعا لما قلنا.

وكذا لو قال: "أوصيت لفلان بثلث مالي إلا ثلث مالي يردّ على فلان بن فلان

---

(١) نص الإمام السرخسي في أصوله على هذه المسألة بأنه لو قال: "أوصيت لفلان بثلث مالي إلا ثلث مالي"، كان الاستثناء باطلا، وإنما بطل الاستثناء لأنه لا يتوهّم وراء المستثنى شيء يكون الكلام عبارة عنه. انظر: «أصول السرخسي» ٢/ ٣٩، و «درر الحكام» ١٢/ ١٠٣.

(٢) قسّم الإمام السرخسي الاستثناء إلى نوعين: حقيقة ومجاز، فمعنى الاستثناء حقيقة ما بيّنا، وما هو مجاز منه فهو الاستثناء المنقطع، وهو بمعنى "لكن" أو بمعنى العطف.. وإنه ابتداء حكم.. وعلى هذا إذا قال: "لفلان على ألف درهم إلا ثوبا" فإنه تلزمه الألف، لأن هذا ليس باستثناء حقيقة، إذ حقيقة الاستثناء في أصل الوضع أن يكون الكلام عبارة عما وراء المستثنى، والمستثنى هنا لم يتناوله صدر الكلام صورة ومعنى حتى يجعل الكلام عبارة عما وراءه، فيكون استثناء منقطعا. انظر «أصول السرخسي» ٢/ ٤٢، ٤٤.

وصية له"، كان الأمر على ما قال، وكانت الوصية للثاني لا للأولى، لأن الأمر بالردّ إلى الثاني رجوع عن الأول.

ولو قال: "أوصيت لفلان بثلث مالي إلا نصف مالي"، ولم يذكر في ذلك ردّا وغيره، جازت الوصية، وبطل الاستثناء، لأنه استثنى جملة ما تكلم به وزيادة، وتعذّر أن يجعل رجوعا؛ لأن آخر كلامه لا يصلح كلاما مبتدءا ليكون في معنى المنقطع.

ولو مات، وترك ابنا، وأوصى لرجل بمثل نصيب ابنه إلا مثل نصيب ابن آخر لو كان، أو إلا نصيب ابن ثالث، أو إلا مثل نصيب ابن ثالث، وأوصى لآخر بثلث ما بقي من الثلث، كانت الوصية بثلث ما يبقى من الثلث باطلة، لأن الوصية الأولى استوعبت الثلث، فلا يبقى للثاني شيء.

بيان ذلك أنا نجعل المال على سهمين، نعطي للموصى له سهما، ونقسم سهم الابن على ثلاثة لمعرفة نصيب الابن الثالث، وإذا صار سهم الابن على ثلاثة صار سهم الموصى له أيضا على ثلاثة، ثم يطرح سهم من نصيب الورثة؛ لأن ذلك يعود إليه بالاستثناء، يبقى المال خمسة أسهم، يعطى للموصى له ثلاثة، ونسترجع منه سهم، يبقى للموصى له سهمان من خمسة إن اجازت الورثة، وإن لم تجز فله الثلث، وإذا لم يبق من الثلث شيء كانت الوصية الثانية وصية بالمعدوم، فتبطل ضرورة.

وكذا لو أوصى للثاني بربع ما يبقى من الثلث، أو بخمس ما يبقى، أو بأقلّ أو بأكثر، ولو لم يوص بالوصية الثانية، ولكنه استثنى ثانيا مكان الوصية، وهو الاستثناء المكرر، فهو على نوعين:

أحدهما: يبطل فيه التكرار، كما لو مات، وترك ابنا واحدا، وأوصى بمثل نصيب

ابنه إلا نصيب ابن ثالث لو كان، وإلا ثلث ما يبقى من الثلث، فالاستثناء الثاني باطل، لأن الوصية الأولى استوعبت الثلث، ولم يبق منه شيء، فيكون استثناء للمعدوم.

والنوع الآخر: ما يصح فيه التكرار والوصية، وهو أن يبقى بعد الوصية الأولى والاستثناء الأول شيء، وذكر ذلك في فصلين:

أحدهما: إذا ترك الرجل ابنين، وأوصى بمثل نصيب أحدهما إلا نصيب [ابن](١) ثالث لو كان، وإلا ثلث ما يبقى من الثلث، وهو على وجوه ثلاثة:

أحدها: أن يقول: "أوصيت لفلان بمثل نصيب أحدهما إلا نصيب ابن ثالث لو كان، وإلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد حاصل الوصية". (٢)

والثاني: أن يقول: "وإلا ثلث ما يبقى من الثلث" ولم يزد على ذلك، فهما سواء، والوصية جائزة، والاستثناء الأول صحيح.

والسبيل في هذا الجنس أن ينظر إلى مخرج الوصية الأولى، والاستثناء الأول عند الاقتصار عليهما، فإن كانت الوصية بأقلّ من الثلث، صح الاستثناء الثاني، وإلا فلا.

وكذا لو كان مكان الاستثناء الثاني وصية أخرى، وفي هذا الفصل لو اقتصر على الوصية الأولى والاستثناء الأول، كانت الوصية بتسع المال، فإذا كرّر الاستثناء، صحّ جميع ذلك لوجود ما يبقى من الثلث بعد الوصية الحاصلة، فكانت المسألة من خمسة وأربعين، النصيب الكامل أحد وعشرون، والنصيب المستثنى أربعة عشر، والمستثنى ثلث

---

(١) الزيادة ساقطة من الأصل، وزيدت من (ا) و (ب) و(ج)، وثبوته هوالصواب.

(٢) من قوله: "وهو على وجوه ثلاثة" تكررت كتابة سطرين في الأصل، وهو خطأ من الناسخ.

ما يبقى من الثلث أربعة أسهم.

وتخريجها بطريق الحشو: أن تأخذ نصيب الابنين سهمين، مثل عددهما، وتزيد واحدا لأجل الوصية، وتقسم نصيب الابن على ثلاثة لمعرفة المسترجع، وقسمة اثنين على ثلاثة لا يستقيم، فتضرب أصل المسألة، وذلك ثلاثة في ثلاثة، يكون تسعة، نعطي للموصى له ثلاثة، وتقسم نصيب الابنين، وذلك ستة على ثلاثة لمعرفة المسترجع، فأصاب كل ابن سهمان، ثم تطرح هذين السهمين من نصيب الابن؛ لأن ذلك يعود إليه بالاستثناء، يبقى في يد الابن أربعة، وفي يد الموصى له ثلاثة، فيكون سبعة، واسترجع سهمين من الموصى له، فيبقى حاصل الوصية سهم واحد هو سبع المال.

فإذا استثنى ثلث ما بقي من الثلث، فالسبيل في هذا أن تضرب المال في سهمين؛ لأنه استثنى ثلث ما يبقى بعد الوصية الحاصلة، والوصية الحاصلة ما يكون له بعد الاستثناء، فكان المستثنى من النصيب شيئا لو ضمّ إلى ما بقي من الثلث يكون المضموم ثلث الجملة بعد الاسترجاع، لا قبله.

وقد علمنا أن كل شيء لو ضمّ إليه مثل نصفه يكون المضموم ثلث الجملة، فلهذا ضربنا المال في مخرج النصف، وهو سهمان، وإذا ضربنا سبعة في سهمين يصير أربعة عشر، ثم نزيد عليه سهما مثل الوصية الحاصلة؛ لأنه استثنى من نصيب الموصى له ليردّ على الورثة.

والأصل أنه إذا استثنى من نصيب الموصى له للورثة، فإنه لا يزاد؛ لأنه يزداد به مال الورثة، فإذا زدنا سهما على أربعة عشر يصير خمسة عشر، فهو ثلث المال.

ومعرفة النصيب الكامل: أن تأخذ النصيب الكامل في الوصية الأولى، وذلك

ثلاثة، وتضربه في سهمين، كما ضربنا أصل المال، فيصير ستة، ثم اضرب في ثلاثة كما ضربت أصل المال، فيكون ثمانية عشر، ثم زد عليه ما أخذت أولا، وذلك ثلاثة، فصار أحدا وعشرين هو النصيب الكامل، استرجع منه قدر ثلثيه أربعة عشر، يبقى سبعة، فهو الوصية الحاصلة.

إذا عرفت حاصل الوصية خذ ثلث المال، وذلك خمسة عشر، أعط بالوصية الحاصلة سبعة، يبقى من الثلث ثمانية، ثم استرجع من الوصية الحاصلة مثل نصف ما بقي، وذلك أربعة، وضمّها إلى ما بقي من الثلث، وذلك ثمانية، يصير اثني عشر، ثم ضمّ اثني عشر إلى ثلثي المال، وذلك ثلاثون، يصير اثنين وأربعين، لو قسمتها بين بنين، أصاب كل ابن أحد وعشرون، مثل ما أعطينا بالنصيب الكامل.

ولو قسمته بين البنين الثلاثة، كان لكل واحد أربعة عشر، مثل ما استرجعت، وقد استثنيت منه ثلث ما بقي من الثلث بعد الوصية الحاصلة.

وطريقة الدرهم والدينار: أن تجعل ثلث المال دينارا ودرهمين، لحاجتنا إلى أن ندفع بالوصية دينارا، ويكون لما بقي نصف حتى نسترجع من النصيب مثل[1] نصف ما بقي، فيكون المسترجع بعد ضمّه [ثلث][2] الجملة، وأقلّ ذلك سهمان، وأعط بالنصيب ثلاثة دنانير، دينار من الثلث، وديناران قرض عليك إلى أن يقضى، وتسترجع منه دينارين، لعلمنا أن النصيب الناقص ثلثا النصيب الكامل، ثم استرجع أيضا بالاستثناء الثاني من الدينار درهما، فصار معك ثلاثة دراهم، ضمّ هذا إلى ما في يد الورثة، وذلك ديناران

(١) "مثل" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في الأصل: إلى الجملة، والمثبت من (ج) و (د). وهو الصواب.

وأربعة دراهم، فيصير دينارين وسبعة دراهم، وحاجتنا إلى ستة دنانير؛ لأنا أعطينا بالنصيب ثلاثة دنانير، فينبغي أن يكون في يد الابن ضعف ذلك نصيبه، ونصيب ابن ثالث، فالديناران بمثلهما قصاص، يبقى معنا سبعة دراهم تعدل أربعة دنانير، فأقلب الفضة، وصار كل دينار بمعنى سبعة، وكل درهم بمعنى أربعة، عد إلى الأصل، وقد جعلنا ثلث المال دينارا، وذلك سبعة دراهم ودرهمين، [كل درهم أربعة،][1] فيكون الثلث خمسة عشر، وكل المال خمسة وأربعون.

ومعرفة النصيب الكامل: جعلنا النصيب ثلاثة دنانير، فذلك أحد وعشرون، واسترجعنا دينارين، وذلك أربعة عشر، والتخريج إلى آخره.

وطريق الجبر والمقابلة: أن تأخذ ثلث مال مجهول، وتعطي بالنصيب شيئا، وتسترجع بالاستثناء ثلثه، لعلمنا أن النصيب الناقص، وهو المسترجع ثلثا النصيب الكامل، بقي معك ثلث مال إلا ثلث شيء، ثم تسترجع مثل نصفه حتى يكون المسترجع ثلث الجملة، وذلك سدس مال إلا سدس شيء، فيصير معنا نصف مال إلا نصف شيء؛ لأن السدس متى ضمّ إلى الثلث يكون نصفا، وضمّ هذا إلى ثلثي المال، فيصير مال وسدس مال إلا نصف شيء، وأنه يعدل شيئين؛ لأنا أعطينا بالنصيب شيئا ينبغي أن يكون للابن ضعف ذلك، إلا أن المال ناقص بنصف شيء، فاجبر [النقصان][2] بأن تزيد عليه نصف شيء، وزد فيما يقابله نصف شيء، فصار معنا مال وسدس مال يعدل شيئين ونصف شيء، إلا أن المال زائد بالسدس، فاطرح الزيادة ليبقى مال كامل، وذلك بأن

(١) ما بين المعكوفتين "إلى الجملة" من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين "زيادة" من (ج) و (د).

تطرح سبعه، وإذا طرحت السبع من المال اطرح عما يقابله سبعه، وليس لشيئين ونصف سُبع صحيح، فاحتجنا إلى أن يكون النصيب عددا له سبع وثلث أيضا؛ لأنه استرجع ثلثيَ النصيب، وأقلّ عدد له سبع وثلث أحد وعشرون، فنضرب شيئين ونصف في أحد وعشرين، فيصير اثنين وخمسين ونصف تطرح عنه سبعه، وذلك سبعة ونصف، يبقى خمسة وأربعون، فهو المال الكامل، وثلثه خمسة عشر.

ومعرفة النصيب: جعلنا النصيب شيئا، وضربنا الشيء في أحد وعشرين، فيكون أحدا وعشرين، والمسترجع ثلثا النصيب الكامل، وذلك أربعة عشر، والتخريج إلى آخره.

والوجه الثالث أن يقول: "أوصيت لفلان بمثل نصيب أحد الابنين إلا نصيب ابن ثالث لو كان، وإلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب الكامل"، فالمسألة من ثلاثة وثلاثين، وثلث المال أحد عشر، والنصيب الكامل خمسة عشر، والمسترجع عشرة أسهم.

ووجه ذلك بطريق الحشو: أن تأخذ مخرج الوصية الأولى، وذلك سبعة، لما قلنا فيما تقدم، وتضربه في ثلاثة بخلاف ما تقدم، فإن ثمة ضربنا سبعة في سهمين؛ لأن ثمة جعل المسترجع ثلث الجملة بعد حاصل الوصية، وهنا جعل المسترجع ثلث الجملة بعد النصيب الكامل، فنحتاج إلى عدد له ثلث حتى تسترجع مثل ثلثه، وأقلّ ذلك ثلاثة، فإذا ضربنا السبعة في ثلاثة يصير أحدا وعشرين، ثم تزيد عليه حاصل الوصية في المسألة الأولى، وذلك واحد، يصير اثنين وعشرين، اجعل هذا ثلث المال، ويكون كل المال ستة وستين.

ومعرفة النصيب الكامل[1]: جعلنا النصيب في الابتداء ثلاثة[2]، وضربناه في ثلاثة ثم في ثلاثة، فيصير سبعة وعشرين، ثم تزيد عليه مثل ما أخذت في الابتداء، وذلك ثلاثة، فيصير ثلاثين، هذا هو النصيب الكامل، استرجع منه قدر ثلثيه، وذلك عشرون، يبقى عشرة، فهو حاصل الوصية.

إذا عرفت ثلث المال و حاصل الوصية[3] خذ ثلث المال، وذلك اثنان وعشرون، وأعط بالوصية الحاصلة عشرة، يبقى من الثلث اثنا عشر، استرجع من الوصية الحاصلة أيضا مثل[4] ثلث ما بقي، وذلك أربعة، و ضمّه إلى ما بقي من الثلث، وذلك اثنا عشر، فيصير ستة عشر، ضمّه إلى ثلثي المال، وثلثا المال أربعة وأربعون، فصار الكل ستين بين ابنين، أصاب كل ابن ثلاثين، مثل ما أعطينا بالنصيب الكامل، ولو كان البنون ثلاثون، كان لكل ابن عشرون مثل ما استرجعنا.

وأما طريقة الدينار والدرهم: أن تجعل ثلث المال دينارا وثلاثة دراهم، وتعطي بالنصيب ثلاثة دنانير، وتسترجع دينارين، ويسترجع بالاستثناء ثلث ما بقي من الثلث بعد النصيب درهما، فيصير معك أربعة دراهم تضمّه إلى ما في يد الورثة، والتخريج إلى آخره.

وأما طريق الجبر والمقابلة: أن تأخذ ثلث مال مجهول، وتعط بالوصية شيئا،

---

(١) "الكامل" ساقط من (ج) و (د).

(٢) وفي (ج) و (د): "سهما".

(٣) قوله: "إذا عرفت ثلث المال وحاصل الوصية" ساقط من (ج) و (د).

(٤) قوله: "أيضا مثل" ساقط من (ج) و (د).

وتسترجع ثلثه، لعلمنا أن المسترجع ثلثا النصيب الكامل، بقي في يدنا ثلث مال إلا ثلث شيء تسترجع أيضا مثل ثلث الباقي، وهو تسع مال إلا تسع شيء، فيصير معنا أربعة أتساع مال، إلا أربعة أتساع شيء[1]، يضمّ هذا إلى ما في يد الورثة، وفي يدهم ستة أتساع مال، فيصير مال وتسع مال إلا أربعة أتساع شيء، وأنه يعدل شيئين، غير أنه ناقص بأربعة أتساع شيء، فاجبره بأن تزيد عليه أربعة أتساع شيء وزد فيما يقابله مثل ذلك، فيصير مالا وتسع مال يعدل شيئين وأربعة أتساع شيء، إلا أن المال زائد بتسع، فاطرح الزيادة حتى يبقى مال كامل، وذلك بأن تطرح عنه عشره.

وإذا طرحنا ذلك من المال نطرح عما يقابله عشره أيضا، وليس لشيئين وأربعة أتساع شيء عشر، فنسقط الأجزاء، ونجعل كل شيء تسعين ليكون له عشر وتسع، أو نضرب مخرج التسع في مخرج العشر، فكان تسعين، ثم تضرب شيئين وأربعة أتساع شيء في تسعين، فيكون مائتين وعشرين، نطرح منه عشرة اثنين وعشرين، يبقى مائة وثمانية وتسعون، فهو المال الكامل، وثلثه ستة وستون، والنصيب الكامل تسعون، لأنا جعلنا النصيب شيئا، وضربنا كل شيء في تسعين، فكان النصيب[2] تسعين، والنصيب الناقص ستون لعلمنا أن النصيب الناقص ثلثا الكامل، وحاصل الوصية ثلاثون.

إذا عرفنا ذلك أخذنا ثلث المال ستة وستين، ورفعنا منه بحاصل الوصية ثلاثين، بقي معنا من الثلث ستة وثلاثون لنسترجع من حاصل الوصية مثل ما بقي من الثلث، وذلك اثنا عشر، فصار معنا من الثلث ثمانية وأربعون، نضمّ هذا إلى ثلثي المال، وذلك مائة واثنان

---

(١) قوله: "إلا أربعة أتساع شيء" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "النصيب" ساقط من (ج) و (د).

وثلاثون، فصارت الجملة مائة وثمانين، لو قسمنا بين ابنين أصاب كل ابن تسعين مثل ما أعطينا بالنصيب، ولو قسمنا بين ثلاثة بنين، أصاب كل ابن ستين مثل ما استرجعنا.

ومحمد رحمه الله خرجها من سدس هذا، وذلك ثلاثة وثلاثون، لموافقة بين السهام في السدس.

والفصل الثاني:

رجل مات، وترك ابنين، وأوصى لرجل مثل نصيب أحدهما إلا نصيب ابن رابع لو كان وإلا ثلث ما يبقى من الثلث، وهذا على وجوه ثلاثة:

أحدها: أن يقول: "إلاثلث ما يبقي من الثلث بعد حاصل الوصية".

والثاني: أن يقول: "إلا ثلث ما يبقى من الثلث" ولم يزد عليه، وهذا والوجه الأول سواء عند أصحابنا في ظاهر الرواية، والوصية من ثلاثة وثلاثين.

وجه ذلك بطريق الحشو: أنه لو اقتصر على الاستثناء الأول، كانت المسألة من خمسة، فإنا نأخذ اثنين بعدد الابنين، ونزيد واحدا لأجل الوصية، ثم نقسم نصيب الورثة، وذلك اثنان على أربعة لمعرفة نصيب الابن الرابع، وذلك لايستقيم، وينكسر بالانصاف، فضعفه، فصار المال ستة، أربعة للإبنين، وسهمان للوصية، ثم تطرح عما في يد الورثة نصيب الإبن الرابع، [1] وذلك سهم، فعاد المال إلى خمسة، ثلاثة للورثة، وسهمان للموصى له، ثم نسترجع عن الموصى له نصيب الابن الرابع، فيصير للورثة أربعة، ويبقى للموصى له سهم واحد.

---

(١) من قوله: "وذلك لايستقيم" الى قوله: "نصيب الأبن الرابع" ساقط من (ج) و (د).

فعرفنا أنه لو اقتصر على الاستثناء الأول كانت المسألة[1] من خمسة، فإذا ضمّ إليه الاستثناء الثاني نضرب خمسة في عدد له نصف؛ لأنه جعل المسترجع ثلث ما بقي بعد الوصية الحاصلة، وفي مثل هذا يكون المسترجع قبل الضم مثل نصف ما بقي[2]، فلأجل هذا ضربنا الخمسة في عدد له نصف، فضربنا خمسة في اثنين، فيصير عشرة، ثم تزيد عليه حاصل الوصية في المسألة الأولى، وهو سهم، فيصير أحد عشر، فهو ثلث المال، وكل المال ثلاثة وثلاثون.

ومعرفة النصيب الكامل: أن نأخذ النصيب في المسألة الأولى، وذلك سهمان، ونضرب في سهمين، فيصير أربعة، ثم نضرب في ثلاثة[3]، فيصير اثني عشر، ثم تزيد عليه ما أخذنا للنصيب في الابتداء، وذلك سهمان، فيصير أربعة عشر، فهو النصيب الكامل، والمسترجع نصفه لعلمنا أن نصيب الرابع يكون نصف نصيب أحد الابنين، يبقى سبعة، فهو حاصل الوصية، أخذنا ثلث المال أحد عشر، وندفع منه حاصل الوصية سبعة، يبقى من الثلث أربعة، نسترجع من حاصل الوصية مثل نصف ما بقي، وذلك سهمان، فيصير معنا من الثلث ستة نضمّها إلى ثلثي المال، وذلك اثنان وعشرون، فيصير ثمانية وعشرين.

لو قسمنا بين ابنين أصاب كل ابن أربعة عشر مثل ما أعطينا بالنصيب، ولو قسمنا بين أربعة بنين أصاب كل ابن سبعة، مثل ما استرجعنا.

---

(١) وفي (ج) و (د): "كان السدس"، وهوخطأ.

(٢) من قوله: "بعد الوصية الحاصلة" ساقط من (ج) و (د).

(٣) وفي (ج) و (د): "في ثمانية"، وهو خطأ.

وتخريجها بطريق الجبر والمقابلة: أن نأخذ ثلث المال، ونعطي منه نصيبا، ونسترجع منه قدر نصفه، لأنا نعلم أن نصيب الابن الرابع، يكون نصف أحد النصيبين، يبقى معنا ثلث مال إلا نصف نصيب، ثم نسترجع أيضا نصف ما بقي معنا، لما ذكرنا أنه إذا استثنى ثلث ما بقي بعد الوصية الحاصلة كان المستثنى نصف ما كان معنا، وذلك سدس مال إلا ربع نصيب، فيصير معنا نصف مال إلا ثلاثة أرباع نصيب نضمّه إلى ثلثي المال، فيصير معنا مال وسدس مال إلا ثلاثة أرباع نصيب، وأنه يعدل نصيبين إلا أنه ناقص بثلاثة أرباع نصيب، فتجبر النقصان بزيادة[1] ثلاثة أرباع نصيب، وزد فيما يعدله مثل ذلك، فيصير معنا مال وسدس مال يعدل نصيبين وثلاثة أرباع نصيب، إلا أن المال زائد بسدس، فتطرح السبع ليعود إلى مال كامل، وتطرح عما يعادله سبعه، وليس لنصيبين وثلاثة أرباع نصيب سبع، فتضرب نصيبين وثلاثة أرباع نصيب في سبعة، أو تبسط الأجزاء، وتعد كل نصيب سبعه، فيصير تسعة عشر وربع تسقط عنه سبعه، وهو سهمان وثلاثة أرباع سهم، يبقى ستة عشر ونصف، فضعفه لأجل الكسر، فيصير ثلاثة وثلاثين.

هذا هو المال وثلثه أحد عشر، والنصيب الكامل كان قبل التضعيف سبعة، فبعد التضعيف يكون أربعة عشر، والمسترجع نصفه، وحاصل [الوصية][2] سبعة، والمسترجع بالاستثناء الثاني نصف ما بقي من الثلث بعد الوصية الحاصلة، وذلك سهمان، والتخريج إلى آخره.

والوجه الثلث من هذا الفصل أن يقول: "إلا نصيب ابن رابع وإلا ثلث ما يبقى من

---

(١) "زيادة" ساقط من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

الثلث بعد النصيب الكامل .

ووجه ذلك بطريق الحشو : أن نأخذ مخرج الوصية الأولى ، وذلك خمسة ، وتضربه في ثلاثة لما قلنا ، يصير خمسة عشر ، ثم تزيد عليه حاصل الوصية ، وذلك سهم واحد ، فيصير ستة عشر ، فهو ثلث المال ، وكل المال ثمانية وأربعون .

وطريق معرفة النصيب : أن نأخذ النصيب الكامل في المسألة الأولى ، وذلك سهمان ، ونضرب في ثلاثة ، فيصير ستة ثم في ثلاثة ، فيصير ثمانية عشر ، ثم نزيد عليه سهمين مثل ما أخذنا في الابتداء ، فيصير عشرين استرجع منه نصفه عشرة ، يبقى عشرة ، فهو حاصل الوصية .

إذا عرفنا ذلك أخذنا ثلث المال ستة عشر ، أعطينا بالوصية الحاصلة عشرة ، بقي من الثلث ستة ، استرجع من الوصية الحاصلة ثلث ما بقي ، وذلك سهمان ، فيصير معنا ثمانية ، نضمّه إلى ثلثي المال ، وذلك اثنان وثلاثون ، فيصير أربعين ، لكل ابن عشرون مثل ما أعطينا بالنصيب الكامل ، ولو كانوا أربعة كان لكل ابن عشرة ، مثل ما استرجعنا .

وتخريجها بطريق الجبر والمقابلة : أن نأخذ ثلث المال ، ونعطي منه نصيبا ، ونسترجع نصف نصيب لما قلنا أن نصيب الرابع يكون نصف نصيب أحد الابنين ، بقي معنا ثلث مال إلا نصف نصيب ، نسترجع من حاصل الوصية ثلث ما بقي معنا ، وهو تسع مال إلا سدس نصيب ، فيصير معنا أربعة أتساع مال إلا أربعة أسداس نصيب نردّه إلى ثلثي المال ، وهو ستة أتساع مال ، فيصير مالا وتسع مال إلا أربعة أسداس نصيب يعدل نصيبين إلا أنه ناقص بربعة أسداس ، فاجبره بذلك القدر .

وإذا زدت في المال ذلك زد فيما يعدله أربعة أسداس نصيب ، فصار معنا مال وتسع

مال يعدل نصيبين وأربعة أسداس نصيب إلا أن المال زائد بتسع، فاطرح الزيادة بأن تطرح عشره، واطرح عما يقابله أيضا عشره، وليس للنصيبين وأربعة أسداس نصيب عشر، فاضرب نصيبين وأربعة أسداس نصيب في مخرج العشر، نصيبان في عشرة يكون عشرين، وأربعة أسداس نصيب في كل عشرة يكون ثلثا العشرة، وذلك ستة وثلثان، فكان الكل ستة وعشرين سهما، وأربعة أسداس سهم.

اطرح من ذلك عشره، وذلك سهمان وأربعة أسداس سهم، يبقى أربعة وعشرون سهما[1] فهو المال الكامل، وثلثه ثمانية، والنصيب الكامل عشرة، لأنا ضربنا كل نصيب في عشرة، فصار النصيب عشرة، أعطينا بالنصيب عشرة، واسترجعنا بالاستثناء الأول نصفها خمسة، لعلمنا أن نصيب الابن الرابع يكون نصف نصيب أحد الابنين، فعرفنا أن حاصل الوصية خمسة، أخذنا ثلث المال، وأعطينا بحاصل الوصية خمسة، بقي معنا من الثلث ثلاثة، نسترجع أيضا من حاصل الوصية مثل ثلث ما بقي من الثلث، وذلك واحد، يصير معنا من الثلث أربعة نضمّها إلى ثلثي المال، وذلك ستة عشر، يصير عشرين بين ابنين، [لو قسمنا][2] أصاب كل ابن عشرة مثل ما أعطينا بالنصيب الكامل، ولو قسمنا بين أربعة بنين أصاب كل ابن خمسة، مثل ما استرجعنا من النصيب، فاستقام التخريج.

---

(١) من قوله: "وأربعة أسداس سهم، اطرح من ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

باب من الوصايا التي يوصى بها لبعض الورثة فتجوز بغير إجازة ولقاتل أو غيره

بنى الباب على أصول:

منها: أن الوصية بالثلث المطلق تنصرف إلى الثلث الذي هو خالص حق الميت، لا إلى الثلث الشائع تنفيذا للوصية، كبيع أحد الشريكين النصف أو الثلث، ينصرف إلى ما هو حقه تنفيذا لتصرفه.

ومنها: أن الوصية بقدر الثلث تقدم على الميراث[(١)]، حتى لا يعتبر ذلك القدر من التركة، لأن الله تعالى أخّر الميراث عن الدين والوصية، فقال تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾[(٢)] وأراد به الوصية بقدر الثلث.

ثم المشغول بالدين لا يعتبر من الميراث، ويتقدم عليه[(٣)]، فكذلك الوصية.

---

(١) أصل الباب عند العتابي أن الوصية للأجنبي بالثلث مقدم على الإرث، والإرث مقدم على الوصية فيما زاد على الثلث، وكذلك مقدم على الوصية للوارث، وكذلك مقدم على الوصية للقاتل مطلقا، والكل مقدم على بيت المال. «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق: ١٥٠.

(٢) سورة النساء. الآية: ١٢.

(٣) نقل الإمام الجصاص رواية الحارث عن عليّ رضي الله عنه قال: «تقرؤن الوصيةَ قبل الدَّين، وإن محمدا ﷺ قضى بالدين قبل الوصية»، قال أبو بكر: وهذا لا خلاف فيه بين المسلمين، لأن معنى قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ أن الميراث بعد هذين، وليست "أو" في

وفيما زاد على الثلث يقدم الميراث على الوصية؛ لأن حق الورثة يتعلق بذلك في مرضه، فلا تنفذ وصيته إلا بإجازة الوارث.

ومنها: أن من لاوارث له يملك الوصية بجميع ماله[1]؛ لقول ابن مسعود رضي الله عنه: "السائب يضع ماله حيث أحب"[2]، واراد بالسائب من لا وارث له[3].

ولأن القياس أن يملك الوصية بجميع ماله على كل حال؛ لكون المحل ملكا له، وإنما المانع حق الوارث؛ ولهذا لو أجاز الوارث يصح، فاذا انعدم الوارث انعدم المانع[4]،

هذا الموضع لأحدهما، بل قد تناولتهما جميعا. . فجمع تعالى بين ذكر الدين والوصية ليُعلمنا أن سهام الميراث معتبرة بعد الوصية كما هي معتبرة بعد الدين. يرجع للتفصيل «أحكام القرآن» للجصاص، ٢/ ١٢٥.

(١) وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وزفر والحسن بن زياد، وهو قول شريك بن عبد الله. انظر «أحكام القرآن» للجصاص، ٢/ ١٢٥.

(٢) أخرجه الدارمي في سننه بلفظ: «السائبة يضع ماله حيث شاء» كتاب الفرائض، كما رواه الجصاص من حديث الشعبي عن عمرو بن شرحبيل قال: قال عبد الله بن مسعود: «ليس من حيّ من العرب أحرى أن يموت الرجل منهم ولايُعرف له وارث منكم معشرَ همدان، فإذا كان ذلك فليضع مالَه حيث أحبّ»، انظر «أحكام القرآن» للجصاص، ٢/ ١٢٥.

(٣) قال ابن الأثير بعد أن ذكر حديث عبد الله بن مسعود في تفسير "السائبة": أي العبد الذي يُعتق سائبة، ولايكون ولاؤه لمعتِقه، ولا وارث له، فيضع ماله حيث شاء. «النهاية في غريب الحديث والأثر» ٢/ ٤٣١.

(٤) فصّل الجصاص في توجيه هذا بأن ظاهر قوله تعالى: ﴿من بعدِ وصيةٍ يُوصى بها أو دَين﴾ يقتضي جواز الوصية بجميع المال، لولا قيام دلالة الإجماع والسنة على منع ذلك، ووجوب الاقتصار بها على الثلث، فمتى عدم مَن وجب به تخصيص الوصية في بعض المال، وجب

فتجوز وصيته كما تجوز هبته.

ولأنا لو أبطلنا وصيتَه يوضع في بيت المال، والموصي له من جملة المسلمين لو خَصّه الإمام بذلك، يصح تخصيصه، فاذا خصه صاحب المال، وهومتصرف بحكم المِلك، صح تخصيصه بطريق الأولى[1].

ومنها: أن الوصية للوارث لاتعمل من غير إجازة الورثة، قلّت الورثة أو كثرت؛ لقوله عليه السلام: «لاوصية للوارث»[2]، وعليه إجماع المسلمين[3].

استعمال اللفظ في جواز الوصية بجميع المال على ظاهره ومقتضاه، ويدلّ عليه قوله ﷺ في حديث سعد: «إنك أن تدع ورثتك أغنياءَ خيرٌ من أن تدعهم عالةً يتكففون الناس» (أخرجه الستة: البخاري ٢٧٤٢ ومسلم ١٦٢٨وأبوداود ٢٨٦٤ والترمذي ٢١١٦ وابن ماجه ٢٧٠٨) فأخبر أن منع الوصية بأكثر من الثلث إنما هو لحق الورثة، ويدل عليه حديث الشعبي وغيره عن عمرو بن شرحبيل قـ : قال عبد الله بن مسعود: «ليس من حيّ من العرب أحرى أن يموت الرجل منهم ولايُعرف له وارث منكم معشرَ همدان، فإذا كان ذلك فليضع مالَه حيث أحبّ»، ولا يُعلم له مخالف من الصحابة. راجع «أحكام القرآن» للجصاص، ٢/ ١٢٥.

(١) لأن عامة المسلمين لايستحقونه ميراثا، وإذا لم يأخذوه ميراثا وإنما كان للإمام صَرفه إلى حيث يرى، لأنه لا مالك له، فمالكه أولى بصرفه إلى من يرى. ومن جهة أخرى أنهم إذا لم يأخذوه ميراثا، أشبه الثلث الذي يوصي به الميت ولا ميراث فيه، فله أن يصرفه إلى من شاء، فكذلك بقية المال إذا لم يستحقه الوارث، كان له صرفه إلى من شاء. انظر «أحكام القرآن»، ٢/ ١٢٥.

(٢) عن شرحبيل بن مسلم قال سمعت أبا أمامة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «إن الله قد أعطى كل ذي حقٍ حقّه، فلا وصية لوارث». أخرجه الترمذي في كتاب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث، الحديث: ٢١٢٠. وابن ماجه في كتاب الوصايا، باب لا وصية لوارث الحديث: ٢٧١٣. وأخرجه أبوداود في كتاب الإجارة، باب في تضمين العارية،

وكذا الوصية بالمال للقاتل المكلف لاتعمل قبل الإجازة عندنا، وهو أحد قولي الشافعي[1]، سواء قتله بجرح قبل الوصية، أوبعدها؛ لقول علي كرم الله تعالى: "لاوصية للقاتل"[2]، فمن أجاز الوارث بعد الموت، جازه الوصية للوارث عند الكل.

الحديث: ٣٥٦٥. وأخرجه الطيالسي الحديث: ١١٢٧، والبيهقي ٦/ ٢٦٤، وأحمد في مسنده ٥/ ٢٦٧، كلهم من حديث أبي أمامة.

وورد من حديث عمرو بن خارجة: أن النبي صلى الله عليه وسلم خَطَبَهم وهو على راحلته، وإن راحلتَه لتَقصعُ بجرتِها، وإن لُغامَها ليسيل بين كَتفيّ، قال: «إن اللهَ قَسّم لكل وارث نصيبَه من الميراث، ولا يجوز لوارثٍ وصيةٌ»، أخرجه ابن ماجه في الوصايا، الحديث: ٢٧١٢، والنسائي في الوصايا، الحديث ٣٦٤٣، والدارمي الحديث ٣١٤٢ والطيالسي الحديث ١٢١٧، وأحمد في مسنده ٤/ ١٨٦، ١٨٧، ٢٣٨. ، ٢٣٩، وأخرجه الترمذي في الوصايا الحديث ٢١٢١، وقال الترمذي عقب الحديثين: حسن صحيح، وله طرق أخرى أوردها الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٤٠٣، فهو يرقى إلى درجة الصحيح بمجموع طرقه.

(٣) قال الإمام ابن المنذر: أجمعوا على أنه لاوصية لوارث إلا أن يجيز ذلك. انظر: «الإجماع» لابن المنذر ص ٧٣، والأوسط ٢/ ١٣٦.

(١) للشافعية فيه قولان: أظهر ما قال أنه تصح الوصية للقاتل ولو تعدّيا، لأنها تمليك بعقد، فأشبهت الهبة، وخالفت الإرث، وأن القتل لا يخرج القاتل من أن يكون أهلا للتبرع من جهة المقتول وغيره، والوصية نوع تبرع. والقول الآخر أنها تبطل، لأنه مال يستحق بالموت فأشبهت الإرث. مغني المحتاج ٣/ ٤٣، و«المهذب» للشيرازي ١/ ٤٥٢. وانظر مختلف الرواية ٧/ ٣٣٧١.

(٢) أخرجه الدارقطني في الأقضية بسند: عن مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة عن الحكم بن عتيبة عن عبد الرحمن ابن أبي ليلى عن علي بن أبي طالب، قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ليس لقاتل وصية»، فيه مبشر بن عبيد، قال الدارقطني عنه أنه متروك الحديث. سنن

وكذا الوصية للقاتل في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبويوسف: لاتعمل الوصية للقاتل أصلا.

له: أن الميرث أقوى من الوصية، ألاترى أن الوصية تبطل بالرد، والميراث لا.

ثم حرمان الميراث في حق القاتل لايرتفع برضي الورثة، فالوصية أولى، وهو بمنزلة مالو أوصى لحربي هو في دار الحرب، لاتعمل فيه إجازة الورثة، كذلك هنا.

والمعنى فيه أنه قصد استعجال الوصية بالقتل، فجُوزي[1] بالحِرمان[2]، وبرضى

الدارقطني، كتاب الأقضية والأحكام، حديث رقم: ١١٥، ٤/ ٢٣٧، وأخرجه البيهقي من حديث علي بن أبي طالب، ٦/ ٢٨١، وانظر «نصب الراية» للزيلعي، ٤/ ٤٠٢.

أقوى ما يستدل به ما أخرجه ابن ماجه ٢٦٤٦ ومالك ٢/ ٨٦٧ والبيهقي ٦/ ٢١٩ وأحمد ١/ ٤٩، كلهم عن عمروبن شعيب: «أن أبا قتادة رجل من بني مدلج قتل ابنه، فأخذ منه عمر مائة من الإبل، وقال عمر: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: ليس لقاتل ميراث" ورواية مالك "ليس لقاتل شيء" وكذا رواه الشافعي في الرسلة فقرة ٤٧٦، قال ابن الهمام مستدلا به: ذكر شيئا نكرة في محل النفي، فيعم الميراث والوصية جميعا.. لأن الوصية أخت الميراث، وهو لايستحق الميراث فلا يستحق الوصية. «فتح القدير» ١٠/ ٤٥٢.

قال البوصيري في الزوائد: إسناده حسن، لكنه منقطع عمرو بن شعيب لم يدرك عمر. وكذا قال ابن حجر في التلخيص ١/ ٨٤. وله طرق أخرى، فقد أخرجه الترمذي ٢١٠٩ وابن ماجه ٢٦٤٥ والدار قطني ٤/ ٩٦ والبيهقي ٦/ ٢٢٠ كلهم من حديث أبي هريرة بلفظ: «القاتل لا يرث». قال البيهقي: هذه مراسيل جيدة يقوي بعضها بعضا.

(١) وفي (ج) و (د): "فيجوز"، وهو خطأ وتصحيف.

(٢) امتثالا لقاعدة معروفة: «مَن استعجل شيئا قبل أوانه عُوقِب بحرمانه» مادة: ٩٩، مجلة الأحكام العدلية، القواعد للزركشي ص٢١٠، «الأشباه والنظائر» للسيوطي ص ١٥٢، «الأشباه والنظائر»

الورثة لايرتفع الجناية[1] حتى لايعود الميراث، [بخلاف][2] الوصية للوارث؛ لأن امتناع الوصية في حقه ماكان بحكم المعصية، بل لدفع الغيظ بإيثار بعض الورثة على البعض، فتنفذ عند الإجازة، وبخلاف ما إذا لم يكن القاتل من أهل المعصية.

ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: أنه أوصى لمن هو أهل للوصية لأنها بر، و مواساة، والقاتل من أهل المواساة، يندب له العفو، فتصح له الوصية[3]، كما لو كان القاتل صبيا أو معتوها.

ولهذا لو وهب له شيئا وسلم في وقت يذهب ويجيء، ثم مات بتلك الجراحة تصح، فكذلك الوصية، إذ كل واحد منهما تمليك بغير عوض.

وما قال من المعنى فليس كذلك، بدليل أنه لا يفرق بين العامد والخاطيء[4]، ولو

لابن نجيم ص ١٨٤، وقواعد ابن رجب ص ٢٣٠.

(١) أي أن امتناع جواز الوصية لجنايته، وهي قائمة بعد الإجازة أيضا، انظر «مختلف الرواية» ٧/ ٣٣٣٤، «المبسوط» ٢٧/ ١٧٧، «فتح القدير» ١٠/ ٤٥٤.

(٢) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج)، وفي الأصل: "ثبتت الوصية"، والأولى أنسب للمعنى.

(٣) قال أبو الليث السمرقندي موجّها لهما: إن امتناع جواز الوصية لحق الورثة، كامتناع جواز الوصية للوارث، بدليل أن نفعه عائد إليهم، ثم ذلك يجوز بإجازتهم، فكذا هذا. «مختلف الرواية» ٧/ ٣٣٣٤. وانظر: «المبسوط» ١٧/ ١٧٧، «بدائع الصنائع» ١٠/ ٤٨٦٠، والبناية ١٠/ ٤١٤.

(٤) عند الحنفية تبطل الوصية للقاتل إذا كان القتل قتلا حرا اما عن طريق المباشرة، عامدا كان أو خاطئا، أما إذا كان قتلا بالسبب فلا تبطل. قال المرغيناني: ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا. انظر: «الهداية» مع «فتح القدير» ١٠/ ٤٥١، المبسوط ٢٧/ ١٧٦، البناية

كان بطريق العقوبة لا يسوى بينهما، بل إنما لا تصح الوصية لدفع الغيظ عن الورثة، كيلا يزاحم في الميراث من تسعى في دم أبيهم، فإذا أجازوا جاز.

وهذا بخلاف الميراث، لأن ردّ العبد وإجازته إنما يعمل في تمليك العباد، أما ما يثبت من جهة الشرع فليس إلى العباد ردّه وإثباته، والميراث ثبت من جهة الشرع، لا صنع للعبد فيه، فلا تعمل إجازته في ذلك، كما لا يعمل رده وإبطاله، وإيثار الأبعد على نفسه.

ومنها: أن الوصايا إذا اجتمعت بدئ بالأقوى؛ لأن الأدنى لا يزاحم الأقوى[1].

ومنها: ما ذكرنا في باب العروس أن الوصية إذا بطلت لوصية فوقها، تبطل ضربا واستحقاقا عند الكل، وإذا بطلت فيما زاد على الثلث لحق الوارث، فكذلك في قول أبي حنيفة تبطل أصلا، وعند أبي يوسف ومحمد تبطل استحقاقا، ولا تبطل ضربا[2].

لأبي حنيفة: أن الميراث أقوى من الوصية؛ لأن الميراث ثبت بإيجاب الشرع وأنه لا يحتمل الرد والوصية تحتمل الرد. ثم الاستحقاق بالوصية يبطل حق الآخر أصلا، فالاستحقاق بالميراث أولى.

ولهما: أن الوارث يبطل تصرف المورث لدفع الضرر عن نفسه، وضرره في الاستحقاق لا في الضرب، فبقيت الوصية فيما لا يتضرر به الوارث، بخلاف الاستحقاق بالوصية القوية؛ لأن ثمة الموصي هو الذي أبطل وصيته، وله ولاية مطلقة.

.١/ ٤١٣. ومختلف الرواية ٧/ ٣٣٧١.

(١) فإن تساوت الوصايا في القوة، بأن كان كلها فرائض أو واجبات أو نوافل، بدئ بما قدّمه الموصي إذا ضاق عنها الثلث، لأن الظاهر من حال الإنسان أن يبتدئ بالأهم. انظر «الهداية» و«فتح القدير» ١٠/ ٥٠٢، ٥٠٣.

(٢) انظر «مختلف الرواية» ٧/ ٣٣٥٤.

إذا عرفنا هذه الجملة جئنا إلى المسائل:

قال محمد رحمه الله: امرأة ماتت، وتركت زوجا لا وارث لها سواه، وأوصت بنصف مالها لأجنبي، فهذه المسألة على وجوه ثلاثة:

أحدها هذا، وفي هذا يقضى بنصف مالها للموصى له، وبالثلث للزوج، وبالسدس لبيت المال؛ لأن الوصية للأجنبي بقدر الثلث مقدم على الميراث، وتنصرف[1] إلى ما هو خالص حق الميت، فيأخذ الموصى له أولا ثلث المال، ويخرج ذلك من التركة، بقي ثلثا المال، للزوج من ذلك نصفه، وهو الثلث، بقي ثلث آخر لا يستحقه وارث، فتنفذ فيه الوصية، فيعطى السدس للموصى له تكميلا لوصيته، يبقى سدس المال خاليا عن الوصية والميراث، فيوضع في بيت المال.

والوجه الثاني: إذا أوصت لقاتلها بنصف المال، والمسألة بحالها، فنصف المال للزوج، والنصف للقاتل، ولا شيء لبيت المال؛ لأن الوصية للقاتل ضعيفة لا تنفذ إلا بإجازة الورثة، بمنزلة الوصية بما زاد على الثلث، فلا تظهر في حق الوارث، فيكون نصف المال للزوج بقي نصف المال تركة من لا وارث له، فيكون لبيت المال لولا الوصية، والوصية للقاتل جائزة على بيت المال، فيسلم هذا النصف للموصى له.

وعلى قول أبي يوسف الوصية للقاتل لا تجوز أصلا، فيكون نصف المال للزوج والنصف لبيت المال.

واحتج على أبي يوسف[2] بالمدبر يقتل مولاه، فيجيز الوارث الوصية أنه لا تجوز،

---

(١) وفي (ج) و (د): "وتنصرف".

(٢) وفي (ج) و (د): "واحتج قول أبي يوسف"، وما ثبت أصح.

ولا سعاية عليه. وأبو يوسف يمنع هذه المسألة.

والوجه الثالث: إذا أوصت بنصف مالها لزوجها، فالمال كله للزوج، النصف بحكم الميراث، والنصف بحكم الوصية؛ لأن الوصية للوارث ضعيفة مؤخرة عن الميراث، كالوصية للقاتل فيأخذ نصف المال بحكم الإرث. بقي النصف تركة من لا وارث لها[1]، فتعمل فيه الوصية.

فإن قيل: الوصية للوارث تجوز عند الإجازة، والزوج يجيز الوصية لنفسه، فوجب أن يبدأ بالوصية، ويعتبر الإرث في الباقي؟.

قلنا: فيما يستحقه بالميراث لا يجيز الوصية لنفسه، وإنما يجيز الوصية فيما لا يستحقه بالميراث[2]، فلهذا يبدأ بالميراث.

صرف محمد رحمه الله الوصية إلى النصف الفارغ عن الميراث، لا إلى النصف الشائع، إذ لو كان شائعا كان نصف الوصية، وهو الربع في نصيب بيت المال، فيبقى ربع المال فارغا عن الوصية، فيكون ذلك الربع لبيت المال. وإنما فعل هكذا لما ذكرنا في أصل الباب.

وكذا لو تركت عبدين قيمتهما سواء، وأوصت لزوجها بأحدهما بعينه، أخذ الزوج العبدين جميعا، أحدهما بحكم الميراث، والآخر بحكم الوصية؛ لأنها لما أوصت بأحدهما بعينه، فقد عينت الآخر للميراث. وللمورث أن يجمع الميراث في عين واحد، لأن حق الورثة في العين دون الصورة.

---

(١) وفي (ج): "لا وارث له".

(٢) وفي (ج) و (د): "بالإرث".

ولهذا لو باع المريض جميع ماله من الأجنبي بمثل القيمة يجوز، فإذا تعين أحدهما للميراث، تعين الآخر محلا لوصيته، فنفذت وصيته.

ولو مات الرجل، وترك امرأة لا وارث له غيرها بأن كان رجلا من أهل الحرب أسلم ولم يوال أحدا، أو كان لقيطا لا يعرف له نسب، فأوصى بجميع ماله لأجنبي، وللمرأة بالجميع أيضا، فإنه يبدأ بالأجنبي، فيأخذ ثلث المال أولا؛ لأن الوصية للأجنبي بقدر الثلث تقدم على الميراث وعلى الوصية للوارث.

فيعطى له الثلث، وللمرأة ربع ما بقي بحكم الميراث؛ فيحتاج إلى حساب له ثلث، ولما بقي ربع، وأقله ستة، للموصى له سهمان، وللمرأة ربع ما بقي سهم، بقي ثلاثة أسهم بين المرأة والأجنبي نصفان في قول أبي حنيفة رحمه الله، فيصير اثنا عشر، لأن حق الأجنبي كان في جميع المال وقد استوفى سهمين فلا تضرب بذلك.

ولا يضرب أيضا بما أخذت المرأة بحكم الميراث وذلك سهم، فإنما يضرب بثلثه والمرأة لا تضرب بالثلث الذي أخذ الأجنبي أولا، لأن الوصية للأجنبي بقدر الثلث وصية قوية، فتبطل وصية المرأة بذلك القدر، فلا تضرب المرأة بذلك، ولا بالسهم الذي أخذت بحكم الميراث.

وإنما تضرب المرأة بثلاثة أسهم، وقد استوت وصيتهما في ذلك، لأن وصيته لكل واحد منهما لا تنفذ من غير إجازة[1]، فيقسم الباقي بينهما نصفين.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا تضرب المرأة بالثلث الذي أخذ

(١) قوله: "وقد استوت وصيتهما في ذلك لأن وصيته لكل واحد منهما لا تنفذ من غير اجازة"، ساقط من (ج) و (د).

الموصى له أولا، ولا بما أخذت هي من الثلث[1]، وتضرب بالباقي، والموصى له لا يضرب بما أخذ هو أولا، ولا يضرب بما أخذت المرأة بالميراث فهو يضرب بأربعة.

والمرأة تضرب بثلاثة، فيكون حقهما في سبعة، فيضرب أصل المال، وهو ستة في سبعة، يصير اثنين وأربعين، للموصى له الثلث، أربعة عشر، وللمرأة ربع ما بقي، وذلك سبعة، يبقى أحد وعشرون، يقسم بينهما أسباعا، للمرأة ثلاثة أسباع، وذلك تسعة، وللأجنبي أربعة أسباعه اثنا عشر.

ومحمد رحمه الله خرّجها من اثني عشر في الكتاب، (وهو)[2] مذهب أبي حنيفة.

وعن أبي يوسف أنها تضرب فيما بقي بخمسة أسداس المال، وللأجنبي بأربعة الأسداس.

ووجه ذلك أن نجعل الحساب من ستة، لأنا نحتاج إلى حساب له ثلث، ولثلثه ربع، وأقلّ ذلك ستة، للموصى له سهمان بقي أربعة، سهم من ذلك للمرأة، وما استوفت هي بحكم الميراث يحطّ ذلك عن وصيتها، بقي حقها في خمسة أسداس المال، وحق الأجنبي كان في ستة، وقد استوفى سهمين، بقي أربعة، فيقسم النصف الباقي بينهما على تسعة. وإذا صار النصف تسعة صار جميع المال ثمانية عشر، أخذ الأجنبي أولا ثلث المال، وذلك ستة، بقي اثنا عشر، للمرأة ربع ما بقي ثلاثة، يبقى تسعة، خمسة أسهم من ذلك للمرأة وأربعة للأجنبي.

---

(١) وفي (ج) و (د): "بالإرث" بدل "من الثلث".

(٢) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج) و (د).

ثم سأل محمد رحمه الله في الكتاب على نفسه سؤالا فقال : كيف يضرب الموصى له بما استحقت المرأة بحكم الميراث ، والمرأة لا تضرب بما أخذ الموصى له بالوصية ، وهو الثلث .

ثم أجاب عن هذا فقال : لأن المستحق بحكم الميراث بقي محلا للوصية ، حتى لو أجاز الوارث الوصية تصح ، فعند عدم الإجازة تعتبر الوصية فيه في حكم الضرب .

والتفصيل إن كان لا يعتبر في حق الاستحقاق ، فأما المستحق بالوصية القوية لا يبقى محلا للوصية الضعيفة .

ألا ترى أن رجلا لو مات ، ولم يدع وارثا ، وترك مالا كثيرا وعبدا قيمته أقلّ من الثلث ، وأوصى بالعبد لأجنبي ليس بقاتل وأوصى بجميع ماله لقاتله ، وبألف درهم لقاتل له آخر ، بدئ بالعبد فيعطى للموصى له ؛ لأن وصيته لا تتوقف على الإجازة ، والوصية للقاتلين ضعيفة لا تنفذ إلا بإجازة ، ثم يضرب الموصى له بجميع المال إلا قيمة العبد والآخر بألف درهم .

ولو أجاز الأجنبي وصية القاتلين لم يضره ذلك شيئا ولا ينفعهما ؛ لأن العبد استحق بالوصية ، فخرج من أن يكون محلا لما سواها من الوصية ، فلا يظهر فيه حكم وصية القاتلين .

وكذلك رجل أعتق في مرضه عبدا ، وأوصى مع ذلك بوصايا ، وأوصى بجميع ماله أيضا لرجل ، بدئ بالعتق ، ثم يقسم ما بقي من المال بين أصحاب الوصايا ، فيضرب الموصى له بجميع المال بما بقي من المال بعد العبد ، ولا يضرب بقيمة العبد ؛ لأن العبد استحق بوصية قوية ، فبطل فيه الوصية بجميع المال ضربا واستحقاقا .

ولو أجاز العبد وصايا القوم لا تعتبر إجازته ، لما قلنا ، كذلك هنا .

ولو أوصى لامرأته بنصف ماله، و أوصى[1] لأجنبي بنصف ماله، أو أوصى لهما بجميع ماله بينهما، والمسألة بحالها، يبدأ بالأجنبي، فيعطى له الثلث، وللمرأة ربع ما بقي بجعل المال ستة. يدفع الثلث إلى الموصى له وذلك سهمان، وإلى المرأة ربع ما بقي سهم واحد، ويقسم الباقي بينهما أسباعا؛ لأنه أوصى للمرأة بنصف المال ثلاثة أسهم من ستة، وللأجنبي كذلك. ولها بحكم الميراث سهم من ماله من الوجه الذي قلنا، نصف هذا السهم في الثلاثة التي أوصى بها للأجنبي، ونصف السهم في الثلاثة التي أوصى بها للمرأة.

فإذا كان لها بحكم الميراث نصف سهم في الثلاثة التي أوصى بها للمرأة، لم تصح الوصية للمرأة بنصف سهم؛ لأن ما كان مستحقا لها بحكم الميراث، لا تستحقه بحكم الوصية، فإذا لم تعتبر وصيتها في نصف سهم، بقيت وصيتها في سهمين ونصف، ووصية الأجنبي ثلاثة أسهم، وقد وصل الأجنبي سهمان، بقي حقه في سهم، وحق المرأة في سهمين ونصف، فاجعل كل نصف سهم سهما، فصار حقهما في سبعة، فيقسم الباقي بينهما على سبعة. وقسمة ثلاثة[2] لا يستقيم على سبعة، فيضرب أصل المسألة، وذلك ستة في سبعة، فصار اثنين وأربعين، يبدأ بالأجنبي، فيعطى له ثلث المال أربعة عشر، ويعطى للمرأة ربع ما بقي سبعة، بقي أحد وعشرون، للمرأة خمسة عشر، ثلاثة[3] أسباع الباقي، وللأجنبي سبعاه ستة، فسلم للأجنبي عشرون، وسلم الباقي لها، هكذا ذكر في

(١) "أوصى" ساقط من (ج) و (د).

(٢) وفي (ج) و (د): "وقسمة ثلاثة على سبعة لا يستقيم".

(٣) وفي (ج) و (د): "خمسة".

الكتاب، ولم يذكر فيه خلافا، وهو قول الكل.

أما عندهما: فلأن استحقاق المرأة السهم بحكم الميراث لا يبطل وصية الأجنبي في الضرب، فيضرب الأجنبي بجميع حقه.

وأما عند أبي حنيفة: الاستحقاق بحكم الميراث إنما يبطل الضرب بالوصية، إذا حصلت الوصية بما لا يملك الوصية به، ولا نسلم ذلك للموصى له إلا بإجازة، فإن ذلك يبطل بردّ الوارث.

أما إذا حصلت الوصية بما يملك الوصية به، ويسلم ذلك للموصى له بغير إجازة الوارث، فإنه يضرب بجميع حقه، وههنا أوصى للأجنبي بنصف ماله، ولا حق للوارث في نصف ماله، فلا تتعلق هذه الوصية بإجازة الورثة، فصار النصف هنا كالثلث في جميع الوصايا.

فإن أجازت المرأة وصية الأجنبي، يكون المال بينهما نصفين، ولأن حق الأجنبي كان في نصف المال، وإنما انتقص حقه؛ لأن المرأة أخذت سهما زائدا على النصف بحكم الميراث، وقد حوّلت ذلك إلى الأجنبي بالإجازة، فيكون المال بينهما نصفان[1].

ولو أوصى لهما بثلثي المال بينهما ولم يجيزا[2]، كان للأجنبي ثلث المال؛ لأن وصيته مقدمة على الكل، وللمرأة ربع ما بقي بحكم الميراث، بقي نصف المال، وقد أوصى لامرأته بالثلث، فتأخذ الثلث، بقي سدس المال خاليا عن الوصية والميراث، فيوضع في بيت المال.

---

(١) "نصفان" ساقط من (ج) و (د)

(٢) "لم يجيزا" ساقط من (ج) و (د)

ولو أوصى لهما بخمسة أسداس ما له بينهما، كانت المسألة من اثنى عشر، لأنه لما أوصى لها لخمسة أسداس المال [1]، فقد أوصى لكل واحد منهما بسدس ونصف، وذلك من اثني عشر، لكل واحد منهما خمسة، فيأخذ الأجنبي ثلث المال أولا، بقي حقه في سهم، وللمرأة ربع ما بقي سهمان، يبقى ستة، يأخذ الأجنبي سهما واحدا تمام وصيته، يبقى خمسة، يكون ذلك للمرأة بالوصية، وفي المحل وفاء بالحقين لا يحتاج فيه إلى ضرب وتكلف.

ولو ماتت المرأة، وتركت زوجا لا وارث لها غيره، وأوصت لزوجها ولأجنبي بجميع مالها، أو أوصت لكل واحد منهما بنصف المال، يجعل المال ستة لحاجتنا إلى مال له ثلث، ولثلثه نصف، وأقله ستة، نبدأ بالأجنبي، فندفع إليه الثلث، ويأخذ الزوج نصف ما بقي سهمان، يقسم بين الزوج والأجنبي أثلاثا، لأنه أوصى لكل واحد منهما بثلثه.

فإذا أخذ الأجنبي أولا الثلث وصل إليه سهمان، بقي حقه في سهم واحد، والزوج أخذ سهمين بحكم الميراث، سهم من محل وصيته، وسهم من محل وصية الآخر، فإذا أخذ من محل وصيته سهما بطريق الميراث، لا تعتبر وصيته بقدر ذلك لما ذكرنا، فكانت وصيته بسهمين.

فإذا كانت وصيته بسهمين، وقد بقي للأجنبي سهم من وصيته، يقسم الباقي بعد الميراث بينهما أثلاثا، وإذا صار ثلث المال أثلاثا كان كل المال تسعة. أخذ الأجنبي أولا مرة ثلاثة، ومرة سهما واحدا، وذلك أربعة من تسعة. وأخذ الزوج بطريق الإرث ثلاثة،

---

(١) كذا في الأصل، والعبارة: "أسداس ما له بينهما كانت المسألة منه اثنى عشر لأنه لما أوصى لها لخمسة أسداس المال" ساقطة من (ج) و (د).

وسهمين بحكم الوصية ،-فذلك خمسة وهذا قول الكل .

أما عندهما ، فلأن الاستحقاق بالميراث لا يبطل الضرب بالوصية ، فيضرب الأجنبي بجميع وصيته .

وأما عند أبي حنيفة ، فلأنه أوصى للأجنبي بما يملك الإيصاء به ، وهو نصف المال ، وفي مثل هذا يضرب الموصى له بجميع وصيته ، واستوضح هذه المسألة فقال :

ألا ترى أن رجلا لو ترك ابنا ، وأوصى لرجل بثلث ماله ، وأوصى لرجل آخر بثلث ماله ، فلم يجز الابن وصيتهما ، ضرب كل واحد منهما في الثلث بجميع الثلث ، حتى كان الثلث بينهما ، وإن كانت هذه وصية لهما بثلثي المال ، حتى لو أجاز الابن وصيتهما أخذ كل واحد منهما ثلثا كاملا ، فقد صار موصيا لهما بثلث المال من حق الابن ، لكن لما كانت وصية كل واحد منهما بما يملك الإيصاء به ، وهو الثلث ، ضرب كل واحد منهما بجميع وصيته ، كذلك هنا .

وإذا قتل رجل لا وارث له ، وأوصى لقاتله بجميع ماله ، ولأجنبي بجميع ماله ، فللأجنبي ثلث المال وللقاتل الثلث ؛ لأن وصيته للأجنبي بقدر الثلث لا تتوقف على الإجازة ، فيأخذ ثلث المال أولا ، وما أخذ الأجنبي بالوصية القوية يبطل وصية القاتل به ضربا واستحقاقا ، فأبقيت وصية كل واحد منهما بثلثي المال ، واستوت وصية كل واحد منهما في ذلك ، فكان الباقي بينهما نصفيان .

وعند أبي يوسف لا حق للقاتل .

رجل مات وترك أما وبنتا ، أو عمة ، أو مولى عتاقة ، أو موالاة ، وأوصى لأجنبي بجميع ماله ، كان الثلث للموصى له ، والباقي لمن ذكرنا ؛ لأن الوصية بما زاد على الثلث إنما تصح إذا لم يكن ثمة وارث يحرز كل المال ، وهؤلاء يحرزون كل المال ، فلا تنفذ

الوصية بما زاد على الثلث من غير إجازتهم .

رجل مات وترك امرأة لا وارث له غيرها ، وترك عبدين ، قيمة كل واحد منهما ثلثمائة ، وأوصى للمرأة بأحد العبدين بعينه ، فلها العبد بالوصية ، ونصف العبد للآخر بالميراث ، والباقي لبيت المال ؛ لأنه يملك الوصية بما زاد على حق الوارث ، وحق المرأة في الربع ، فيملك الوصية بما زاد عليه ، وكما يملك الوصية يملك جمع ذلك في عين واحد ، ألا ترى أن الميت لما ملك الوصية بثلث المال في سائر الوصايا ملك الجمع في شيء بعينه ، فصار نصف المال هنا بمنزلة الثلث في سائر الوصايا .

وإذا تعين أحد العبدين للوصية تعين الآخر محلا للإرث ، فكان لها نصف هذا العبد للآخر بحكم الميراث ؛ لأنه [ربع][1] جميع المال ، بقي النصف خاليا عن الميراث والوصية ، فيوضع في بيت المال .

وكذا لو كان أوصى لأجنبي بأحد العبدين بعينه ، والمسألة بحالها ، كان العبد الموصى به للأجنبي ، وللمرأة نصف العبد الآخر ، ويوضع النصف الآخر في بيت المال .

وحكي أن عيسى بن أبان رحمه الله طعن في هذه المسألة ، وقال : ينبغي أن يكون للمرأة ثلث العبد الآخر ، وثلثاه يوضع في بيت المال ، وكتب ذلك إلى محمد حين كان بالرقة ، فكتب إليه محمد أن الأمر كما قلت ، وصحّحه .

ووجه ذلك : أن الوصية للأجنبي بقدر الثلث تقدم على الميراث ، فيعطى للأجنبي ثلث التركة ، وهو ثلثا العبد ، بقي تركة الميت عبدا وثلث عبد ، فيعطى للمرأة ربع ذلك ، وهو ثلث عبد لكن من العبد الآخر ، لا من العبد الذي أوصى به للأجنبي ؛ لأن للميت أن

(١) ما بين المعكوفتين زيدت من (ج) و (د) .

يجمع الوصية في عين، يبقى بعد الميراث ثلث هذا العبد الذي أوصى به للأجنبي، وثلثا العبد الآخر، فيدفع هذا الثلث إلى الموصى له تكميلا لوصيته، ويوضع ثلثا العبد الآخر في بيت المال.

من المشايخ من قال بأن ما قال عيسى قياس، وما قاله محمد في الكتاب استحسان. وجه القياس ما ذكرنا.

وجه الاستحسان: أن الوصية للأجنبي أقوى من الوصية للوارث.

ثم في الوصية الضعيفة، وهو ما إذا أوصى بأحد العبدين للمرأة، لا يوضع في بيت المال إلا نصف العبد، ففي القوية أولى أن لا يوضع أكثر من ذلك.

ومنهم من قال: الصحيح ما قال عيسى، وإنما أجاب محمدٌ بهذا؛ لأنه وضع المسألة فيما إذا أوصى بأحد العبدين لأجنبي قتل المرأة ولم تعف عنه، وإليه أشار في الكتاب، فإنه عطف عليه الوصية لقاتل عفا عنه، فكان هذا في قاتلٍ لم يعف عنه.

وعلى هذا التأويل يصح هذا الجواب؛ لأن الوصية للقاتل مؤخّرة عن الميراث كالوصية للوارث، فتأخذ المرأة ربع المال، وذلك نصف العبد الآخر، ويأخذ القاتل جميع العبد الموصى به لخلوه عن الميراث، بقي نصف العبد فيوضع في بيت المال.

وكذا لو أوصى بأحد العبدين بعينه لقاتله عمدا، وقد عفا عنه؛ لما ذكرنا، وإنما وضع المسألة في قتل العمد؛ لأنه لو كان خطأ يزداد ماله.

فإن قالت المرأة: أنا آخذ بالميراث ربع كل واحد من العبدين، لم يكن لها ذلك؛ لما قلنا أن الميت يملك الوصية بثلاثة أرباع ماله، وثلاثة الأرباع بمنزلة ثلث المال في حق من له ابن. ولو أوصى بعبد يخرج من ثلث ماله، لم يكن للإبن أن يأخذ ثلثي العبد بالميراث

كذلك ههنا. ولأن المرأة في هذا القول متعنتة قاصدة للإضرار بالموصى له من غير أن يكون لها فيه منفعة؛ لأن اجتماع نصيبها في عبد واحد، يكون أنفع من التفرق في العبدين، فلا يلتفت إليها.

ولو مات الرجل، وترك عبدين، وأوصى بأحدهما لأجنبي، وأوصى بالآخر للمرأة، وليس له وارث غيرها، يبدأ بالأجنبي، فيعطى له ثلثا عبده؛ لأن الوصية للأجنبي بقدر الثلث مقدمة على الميراث وعلى الوصية للوارث، وثلث ماله ثلثا عبد واحد فيعطى له ذلك من محل وصيته لما قلنا.

بقي مال الميت ثلث هذا العبد والعبد الآخر للمرأة بحكم الميراث ربع ما بقي، فجعلنا كل عبد اثني عشر ليكون له ثلث ولثلثه ربع، وإذا صار كل عبد اثني عشر، صار مال الميت أربعة وعشرين، يعطى للموصى له ثلث مال الميت وهو ثمانية من العبد الذي أوصى له به، بقي حقه في أربعة أسهم، ويعطى للمرأة بحكم الميراث ربع ما بقي وذلك أربعة أسهم، ثلاثة أسهم[1] من العبد الذي أوصى لها به، وسهم واحد[2] من العبد الآخر، يبقى من التركة اثنا عشر سهما، فإذا استحقت من محل وصيتها ثلاثة أسهم بطريق الميراث، بطلت وصيتها في ذلك القدر وبقيت وصيتها بتسعة أسهم من اثني عشر سهما من العبد، ويبقي للأجنبي من وصيته أربعة أسهم، فكان حقهما جميعا في ثلاثة عشر سهما، فيقسم الباقي، وهو اثنا عشر سهما بينهما على ثلاثة عشر، وذلك لا يستقيم، فضربنا أصل الحساب، وذلك أربعة وعشرون في ثلاثة عشر، يصير ثلثمائة واثني عشر، فهذا كل

---

(١) "أسهم" ساقط من (ج) و (د)

(٢) "واحد" ساقط من (ج) و (د)

المال، كل عبد مائة وستة وخمسون، سلم للأجنبي ثلث مال الميت حالة، وأربعة من العبد الموصى به.

بقي مال الميت مائتان وثمانية، للمرأة بحكم الميراث ربع ما بقي وذلك اثنان وخمسون، بقي من المال مائة وستة وخمسون، يقسم بين الأجنبي والمرأة على ثلاثة عشر، كل سهم اثنا عشر، للأجنبي أربعة أسهم، وذلك ثمانية وأربعون، لكن من محل وصيته، وللمرأة تسعة أسهم من محل وصيتها، كل سهم اثنا عشر، فيكون مائة وثمانية، وقد أخذت بحكم الميراث اثنين وخمسين، فكان جميع ما سلم لها مائة وستة وخمسين من العبد الذي أوصى لها، وأربعة أسهم من العبد الآخر، وسلم للأجنبي من عبده مرة مائة وأربعة، ومرة ثمانية وأربعون، فكان له في الحاصل مائة واثنان وخمسون.

ولا يقال: بأنها أخذت في الانتهاء من محل وصيتها بطريق الميراث أكثر مما جعلنا لها في الابتداء، فإنا جعلنا ميراثها في الابتداء أربعة أسهم، ثلاثة من محل وصيتها، وسهما من العبد الآخر كل سهم في ثلاثة عشر، فصار سهام الميراث اثنين وخمسين، سبعة وثلاثون سهما من ذلك في محل وصيتها، وثلاثة عشر سهما في العبد الآخر، وفي الانتهاء لم تأخذ المرأة من العبد الآخر إلا أربعة أسهم، فكان سهام الميراث من محل وصيتها ثمانية وأربعين، وإذا كثر سهام الميراث في محل الوصية ينبغي أن ينقل سهام الوصية عنه.

لأنا نقول: إنما ننظر إلى ميراثها قبل القسمة، فنرفع ذلك من وصيتها، ثم نقسم الوصية على ما بقي، فما أصاب الأجنبي يأخذ[1] من محل وصيته، وما أصاب المرأة

---

(١) "يأخذ" ساقط من (ج) و (د)

نجعل في عين واحد نظرا لهما.

امرأة ماتت، وتركت زوجا لا وارث لها غيره، وتركت عبدين قيمتهما سواء، وأقرّت بأحدهما بعينه لزوجها في مرض الموت، وصدقها الزوج، فإن الزوج يأخذ العبد المقر به ونصف العبد الآخر؛ لأنها لو أوصت بأحد العبدين لزوجها صحت وصيتها، فيصح إقرارها لانتفاء التهمة، وإذا صح الإقرار خرج هذا العبد عن التركة، وبقيت تركة الميت العبد الآخر، فيأخذ الزوج نصفه، ويوضع النصف في بيت المال.

بخلاف ما إذا أوصت لزوجها بأحد العبدين بعينه، فإنه يأخذ العبدين جميعا، أحدهما بحكم الوصية، والآخر بحكم الميراث، لأنه لا يخرج عن التركة بالوصية، والوصية للوارث مؤخر عن الميراث [1]، فكان الحكم ما ذكرنا.

وكذا لو أقرّت له بدين صح إقرارها، فيباع أحد العبدين بالدين إن كان بثمنه وفاء بالدين، ويأخذ نصف الباقي بحكم الميراث، ويكون النصف لبيت المال.

ولو أقرّت بأحد العبدين بعينه لقاتلها عمدا، وقد عفت عنه، كان العبد المقر به للقاتل والعبد الآخر للزوج؛ لأن إقرارها للقاتل بالدين والعين لا يصح في حق الزوج، دفعا للمغايظة عن الزوج، والإقرار للقاتل والوصية له سواء، فيأخذ الزوج ميراثه، وهو النصف من جميع التركة لكن من غير محل الإقرار. بقي النصف الآخر فارغا عن حق الوارث فيعمل فيه إقرارها للقاتل.

بخلاف ما لو أقرّت لزوجها؛ لأن الإقرار للزوج إنما لا يصح لمكان التهمة، ولا تهمة

---

(١) كذا في الأصل، وقوله: "لأنه لا يخرج عن التركة بالوصية والوصية للوارث مؤخر عن الميراث فكان" ساقط من (ج) و (د).

في حق الزوج فخرج المقر به عن الميراث.

وإذا هلكت المرأة وتركت زوجا لا وارث لها غيره، وأوصت لأجنبي بثلثي مالها، ولقاتلها بثلثي مالها، فإنه يبدأ بالأجنبي، فيأخذ ثلث المال؛ لأن وصية الأجنبي بقدر الثلث مقدمة على الميراث، بقي ثلثا المال، يأخذ الزوج نصف ما بقي، وهو الثلث؛ لأن الميراث مقدم على الوصية للقاتل، يبقى ثلث المال يضرب فيه الأجنبي ببقية وصيته، وهو الثلث، والقاتل بثلثي المال في قول محمد، لأن عنده الاستحقاق بالميراث، لا يبطل الضرب بالوصية، فيضرب بجميع وصيته، فيصير هذا الثلث بينهما أثلاثا، ويصير المال تسعة، يأخذ الأجنبي أولا ثلاثة، ويأخذ الزوج ثلاثة، بقي ثلاثة بين الأجنبي والقاتل، فحصل للأجنبي أربعة أتساع المال، وللقاتل تسعا المال، وللزوج ثلث المال.

وعند أبي حنيفة القاتل لا يضرب بوصيته بما صار مستحقا للزوج بالميراث، وإنما يضرب بما بقي، وهو الثلث، والأجنبي كذلك، فيصير الثلث بينهما نصفيان، والقسمة من ستة، للأجنبي نصف المال، وللزوج سهمان، وللقاتل سهم.

فإن أجاز الزوج وصيتهما، يقسم نصيب الزوج بالميراث بينهما على ما بقي قبل إجازة الزوج، كانت المسألة في قول أبي حنيفة من ستة، حق الأجنبي كان في ثلثي المال، أربعة من ستة، وصل إليه مرة سهمان، ومرة سهم، فإنما بقي حقه في سهم، وحق القاتل كان في أربعة وصل إليه سهم، بقي حقه في ثلاثة.

وفي مثل هذا عند أبي حنيفة يقسم بطريق المنازعة، ومعنا من المال سهمان، فقد فرغ عن منازعة الأجنبي سهم، فيسلم ذلك للقاتل، وسهم آخر استوت منازعتهما فيه، فكان بينهما انكسر بالإنصاف، فتصير المسألة من اثني عشر، ويكون للأجنبي سبعة وللقاتل خمسة.

وأما عند محمد قبل إجازة الزوج كانت المسألة من تسعة، حق الأجنبي كان في ستة وصل إليه مرة ثلاثة، ومرة سهم، بقي حقه في سهمين، وحق القاتل أيضا كان في ستة، وصل إليه سهمان بقي حقه في أربعة.

فإذا أجاز الزوج، يقسم نصيب الزوج، وذلك ثلاثة بينهما أثلاثا، للأجنبي سهم وللقاتل سهمان، فسلم للأجنبي خمسة من تسعة وللقاتل أربعة.

امرأة قتلها زوجها عمدا فعفت عنه، وأوصت بنصف مالها لأجنبي، فالنصف للأجنبي والنصف لبيت المال؛ لأن الزوج بحكم الميراث خرج من أن يكون وارثا، فهذه تركة من لا وارث لها، فجازت وصيتها للأجنبي، فيكون نصف المال للأجنبي والنصف لبيت المال.

ولو أوصت بمالها لزوجها كان المال له بحكم الوصية في قول أبي حنيفة؛ لأنه صار محروما عن الميراث والتحق بالأجانب، ولو كان القاتل أجنبيا جازت الوصية له في قول أبي حنيفة ومحمد، فكذلك الزوج.

ولو قتلها زوجها ولها ابن، فقال الابن أجزت أن يرث الزوج القاتل معي، كان باطلا، ولا يرث الزوج منها؛ لأن الشرع أخرج القاتل من أن يكون وارثا، فلا يملك الابن تغيير ذلك.

امرأة قتلت عمدا، وعفت عن قاتلها، وتركت عبدا قيمته ألف درهم، وزوجا لا وارث لها غيره، وأوصت بأن يباع العبد من قاتلها بمائة درهم، وأبى الزوج أن يجيز، قال: يباع العبد من القاتل بخمسمائة، وتكون الخمسمائة ميراثا للزوج، وهذا قول محمد، لأن عنده نفس البيع ليس بوصية، فإن عنده يجوز بيع المريض من وارثه بمثل القيمة، إنما الوصية في المحاباة، فصار كأنها باعت العبد من القاتل بألف درهم، وحطت

عنه تسعمائة، فيصح حط الخمسمائة؛ لأنها تملك الوصية للقاتل بنصيب بيت المال، ونصف المال حصة بيت المال، وبطل الحط فيما هو حق الوارث فلهذا يباع العبد من القاتل بخمس مائة، ويكون [1] ذلك للزوج؛ لأنه بدل حقه.

فإن قيل: يجب أن يباع العبد منه بخمسمائة وخمسين؛ لأنها أوصت بأن يباع العبد منه بمائة، فقد أوصت بأن يباع كل نصف منه بخمسين، فصح أمرها بذلك في نصيب بيت المال، ولا يصح في نصيب الزوج، فيباع الكل منه بخمسمائة وخمسين، نصيب بيت المال بخمسين، ونصيب الزوج بخمسمائة.

قلنا: والجواب عن هذا أن قول الموصي أمر بالمحاباة والمبادلة، وهو يملك المحاباة في نصيب بيت المال، ولا يملك في نصيب الزوج ويملك فيه المبادلة، فانصرفت المبادلة إلى ما يملك المبادلة، والمحاباة إلى ما يملك المحاباة ليكون متصرفا فيما يملك.

وإن أبى القاتل أن يشتري كان نصف العبد للزوج، والنصف لبيت المال؛ لأن المحاباة وصية في ضمن البيع، فإذا لم يثبت البيع، لم يثبت ما في ضمنه.

وعند أبي يوسف يباع كل العبد من القاتل بألف إن شاء؛ لأن عنده نفس البيع ليس بوصية كما قال محمد، فيباع كل العبد منه بألف، ولا يحط شيء من الثمن؛ لأن المحاباة وصية، وعنده الوصية للقاتل لا تصح أصلا، فلا يحط شيء من الثمن، ويكون نصف الثمن للزوج والنصف لبيت المال.

وأما عند أبي حنيفة نصف العبد يكون للزوج، ويقال للقاتل: إن شئت فخذ النصف

---

(١) كذا في الأصل، وقوله: وبطل الحط فيما هو حق الوارث فلهذا يباع العبد من القاتل بخمس مائة. ساقط من (ج) و (د).

بخمسين درهما، وإن شئت فدع؛ لأن عنده نفس البيع وصية ولهذا قال:

لو باع المريض من وارثه بمثل القيمة أو أوصى بأن يباع منه، لا تصح كما لا تصح الوصية للوارث بغير إجازة الورثة، لا تصح للقاتل، فلهذا كان نصف العبد للوارث، بقي نصف العبد فارغا عن حق الوارث، فجازت الوصية للقاتل على بيت المال، وقد أوصت بأن يباع النصف بخمسين، فإن شاء أخذ النصف بخمسين، ويصرف ذلك إلى بيت المال، وإن أبى أن يأخذ، بطلت وصيته؛ لأن المحاباة وصية في ضمن البيع، فلا تثبت بدون البيع فيكون نصف العبد للزوج، والنصف لبيت المال.

وكذا لو باعت العبد في مرضها من قاتلها بمائة درهم، فهو والوصية سواء.

وكذا لو أوصت بأن يباع العبد من زوجها بمائة درهم، فإنه يباع العبد منه بمائة، وتكون المائة له أيضا.

قال بعض مشايخنا: هذا قول أبي يوسف ومحمد، أما على قول أبي حنيفة يعطى الزوج نصف العبد لحما ودما، ويباع النصف منه بخمسين درهما إن شاء، ويكون لبيت المال؛ لأن عند أبي حنيفة نفس البيع وصية، فلا تصح في نصيب الوارث، وتصح في نصيب بيت المال، كما لو أوصت بذلك للقاتل.

أما عند أبي يوسف ومحمد نفس البيع ليس بوصية، إنما الوصية في المحاباة، فجعل كأنها قالت: بيعوا العبد منه بألف درهم، وحطوا عنه تسعمائة. ولو قالت هكذا يباع العبد منه بمائة، وتصرف المائة إلى الزوج، لما ذكرنا أن الميت يملك الوصية بنصيب بيت المال بغير بدل، ولا يملك ذلك في نصيب الوارث، فانصرفت المائة إلى نصيب الزوج فكانت المائة بدل ملكه، فتصرف إليه.

كما لو أوصى بأن يباع من فلان الأجنبي بمائة، فإنه يباع منه بثلثي قيمته إن شاء ذلك

الأجنبي، ويكون نصف الثمن للزوج، والنصف لبيت المال كذلك هنا يصرف الثمن إلى مالا يملك الإيصاء به.

والأصح أن هذا قول الكل؛ لأن البيع وإن كان وصية في قول أبي حنيفة إلا أن الوصية للوارث إنما لا تصح لحق غيره من الورثة، فإذا لم يكن لها وارث آخر، وهو يجيز وصية نفسه، جازت الوصية أما الوصية للقاتل لا تجوز لحق الوارث فلهذا افترقا.

فإن قيل: كيف يباع العبد منه وأنه ملك نصف العبد لحما ودما بالميراث، وكيف يؤخذ منه الثمن بدلا عن ملكه.

قلنا: إنما يباع العبد منه لتسلم المحاباة في نصيب بيت المال، فإن ذلك لا يحصل إلا ببيع كل العبد منه، وشراء الانسان ملكَ نفسه جائز إذا كان فيه فائدة، كما لو اشترى رب المال شيئا من مال المضاربة، فإنه يجوز، وإن لم يكن فيه ربح لفائدة استخلاص الملك، وكذا المولى إذا اشترى شيئا من كسب عبده المأذون المديون وإن لم يكن الدين مستغرقا.

ولو أوصت بأن يباع نصف العبد من قاتلها بخمسين درهما، فإنه يباع النصف بخمسين درهما، ثم يقسم الخمسون ونصف العبد بين الزوج وبيت المال على أحد عشر سهما، سهم لبيت المال، وعشرة للزوج في قول محمد؛ لأن عنده نفس البيع ليس بوصية، إنما الوصية في المحاباة، فصحت الوصية بالبيع في النصيبين شائعا، بقيت المحاباة وخمسين، فيجب صرف ذلك إلى ما تملك الوصية به، وهو نصيب بيت المال لما ذكرنا، والمبادلة بخمسين شائعة في النصيبين، فإذا انصرفت المحاباة إلى نصيب بيت المال، بقي حق بيت المال في خمسين، وحق الزوج في خمسمائة؛ لأن حقه في النصف الشائع من العبد، فيجعل كل خمسين سهما، فصار حق الزوج عشرة أسهم، وحق بيت المال سهما واحدا، وصارت الجملة أحد عشر سهما.

وأما على قول أبي حنيفة نفس البيع وصية، فتنصرف الوصية إلى ما هو فارغ عن حق الوارث، وهو نصيب بيت المال، فصار نصف العبد ميراثا للزوج وانصرف البيع إلى نصيب بيت المال، فكان الخمسون لبيت المال؛ لأنه بدل ملك بيت المال.

وكذا لو أوصت بأن يباع نصف العبد من زوجها بخمسين درهما، كان الحكم ما قلنا؛ لأن وصيتها بالبيع والمحاباة لم تزد على نصف المال، وأنها تملك الوصية بنصف المال، فيباع نصف العبد بخمسين درهما كما قالت. ثم يكون نصف العبد وخمسون درهما بين الزوج وبيت المال على أحد عشر سهما.

ولو أوصت بأن يباع العبد من قاتلها بمائة درهم، فإن أبى الزوج أن يجيز، ذكرنا أن على قول محمد يباع العبد من القاتل بخمسمائة، وكانت الخمسمائة للزوج وعلى قول أبي حنيفة يكون نصف العبد للزوج ويباع نصيب بيت المال بخمسين، وتكون الخمسون لبيت المال.

وإن أجاز الزوج وصيتها يباع كل العبد بمائة درهم، وتكون المائة بين الزوج وبين بيت المال نصفيان، لأنه لما أجاز، جازت وصيته بالبيع والمحاباة جميعا في النصيبين، فيباع نصيب الزوج منه بخمسين كما يباع نصيب بيت المال بخمسين في قول أبي حنيفة، ولم يذكر قول محمد في الإجازة.

قالوا ينبغي أن يباع كل العبد بمائة، وتكون المائة للزوج؛ لأن عنده نفس البيع بوصيته، إنما الوصية في المحاباة وقد حابت بتسعمائة، فصحت المحاباة في نصيب بيت المال، وذلك خمسمائة، وتوقفت المحاباة بأربعمائة على إجازة الزوج، فإذا أجاز نفذ فلهذا كانت المائة له.

وأما عند أبي يوسف نفس البيع ليس بوصية، والمحاباة وصية، وأنها لا تصح للقاتل

عنده فيقال للقاتل: إما أن تشتري العبد بألف وإلا فلا شيء لك.

ولو أوصت بأن يباع كل العبد من أجنبي بمائة درهم، فلم يجز الزوج، يباع كل العبد بثلث الألف، ويكون ذلك للزوج؛ لأن الوصية للأجنبي بقدر الثلث تقدم على الميراث، ثم نصيب الزوج نصف ما بقي وهو ثلث المال، والثلث لبيت المال، وهي تملك الوصية بذلك، فكان لها حق الوصية بقدر الثلثين، فنفذت المحاباة بقدر الثلثين، فلهذا يباع العبد بثلث الثمن، ويكون ذلك للزوج، وإن أجاز الزوج بيع كله بمائة، ويكون للزوج لما ذكرنا.

ولو أوصت بأن يباع نصف العبد من أجنبي بمائة يباع نصفه بمائة، كما أوصت، ويقسم نصف العبد مع المائة بين الزوج وبيت المال على تسعة أسهم، خمسة أسهم للزوج وأربعة لبيت المال؛ لأن نفس البيع من الأجنبي ليس بوصية عند الكل، إنما الوصية في المحاباة، وقد حابت بأربعمائة، وثلث مال الميت فارغ عن حق الوارث، وعن حق بيت المال.

فنفذت الوصية أولا بقدر ثلث المال، وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، بقي مال الميت ثلثا الألف وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان بين الزوج وبين المال نصفان، وقد بقي من المحاباة إلى تمام أربعمائة ستة وستون وثلثان، وأنها تملك الوصية على بيت المال، فتنفذ ما بقي من المحاباة من نصيب بيت المال، يبقي من نصيب المال مائتان وستة وستون وثلثان، وحق الزوج في ثلث الألف، فجعل كل ستة وستين وثلثي سهم سهما، فيصير حصة الزوج وهو ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث خمسة أسهم، وحصة بيت المال، وذلك مائتان وستة وستون وثلثان أربعة أسهم، فيصير جملة ذلك تسعة أسهم، فلهذا تقسم المائة ونصف العبد على تسعة أسهم.

رجل أعتق عبدا له في مرض موته، وأوصى بوصايا، يبدأ بالعتق؛ لأن العتق الموقع

أقوى، فيبدأ به، ثم يقسم ما بقي بين أرباب الوصايا على قدر حقوقهم، يضربون بما بقي من المال بعد العتق؛ لأن الاستحقاق بالوصية القوية يبطل حق أصحاب الوصايا في الضرب، فيضربون بما بقي من حقوقهم بعد العتق، ولا يضربون بجميع حقوقهم.

ـ والله تعالى أعلم بالصواب ـ

باب الوصية بنصيب ابن لو كان، أو بمثل نصيب ابن فيجيز الورثة أولا يجيزون[1] أو يجيزها بعضهم

بنى الباب على أن الوصية بنصيب الوارث المعدوم جائزة، ويكون ذكر نصيبه لتقدير الوصية[2].

وذكر في الباب فصولا سبعة[3]:

أما الفصل الأول:

قال: رجل مات وترك ابنا وأما، وأوصى لرجل بنصيب ابنة لو كانت، فالوصية من سبعة عشر سهما، خمسة أسهم للموصى له، وللأم سهمان وللإبن عشرة.

ووجه ذلك أنه لو لم يكن هنا وصية، كانت المسألة من ستة أسهم، للأم سهم[4]،

(١) ورد في الأصل: "فيجيز الورثة أو لايجيزوا"، والمثبت من (ج) و (د)، وهو الصواب.

(٢) فإنه جعل نصيب الوارث المعدوم معيارا للوصية، فصحّت وصيته. ومسائل هذا الباب ترجع إلى بيان استخراج القدر المستحق من الوصية بالمجهول، بالحساب، وقد سبق الكلام على أصل هذا الباب، راجع ص ٨٠٧ و ٨٧٣، وانظر: «مختصر الطحاوي» ص ١٥٧ ، «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٥٦، «المبسوط» ٢٨/ ٥٠، «فتح القدير» ٨/ ٤٤٣.

(٣) الملحوظ أن الشارح رحمه الله صرّح بالفصل الأول والثاني فقط، من هذه الفصول السبعة، واكتفى بالباقي ضمنا، عند عرضه لمسائل الباب.

(٤) وفي (ج): "أسهم"، وهو خطأ.

وللإبن خمسة، فإذا أوصى بنصيب ابنة لو كانت، ونصيب البنت يكون نصف نصيب الابن يزاد على الفريضة سهمان ونصف، فيصير ثمانية ونصف، فضعفه لأجل الكسر، فيصير سبعة عشر، للموصى له من ذلك خمسة، وهذه وصية بأقلّ من الثلث، فتقدم على الميراث فيعطى له خمسة، يبقى اثنا عشر يعتبر سهام الميراث فيما بقي، ويقسم الباقي بينهما أسداسا عشرة للابن وسهمان للأم.

فإن قيل: ينبغي أن يعطى الموصى له خمسة أسهم من ثمانية عشر؛ لأنه أوصى له بنصيب ابنة لو كانت، ولو كانت البنت موجودة، كانت المسألة من ثمانية عشر، للبنت من ذلك خمسة، وللأم ثلاثة.

والذي يؤيّد هذا ما ذكر في «الجامع الكبير»[1] فقال: رجل مات وترك ابنتين وعما، وأوصى لرجل بنصيب ابنة لو كانت، كان للموصى له تسعا المال من سبعة وعشرين، ويكون الباقي بين العم وبين الابنتين أثلاثا، للعم سبعة أسهم، ولكل ابنة سبعة؛ لأنه لما أوصى بنصيب ابنة لو كانت، يجعل كأنه مات عن ثلاث بنات وعم، فتكون المسألة أولا من تسعة، للعم ثلاثة أسهم، ولكل ابنة سهمان.

فإذا ظهر نصيب الإبنة الثالثة يعطى سهمان للموصى له، أوّلا يبقى سبعة، تعتبر

---

(١) لم أجد هذه المسألة في كتاب الوصايا من «الجامع الكبير» المطبوع بتحقيق الأستاذ أبو الوفاء الأفغاني، فلعلّها في نسخة أخرى كانت عند الشارح. وذكر الأستاذ أبو الوفاء في تقديمه أن «الجامع الكبير» له نسختان: الأولى والثانية، صنّفه أوّلا، ورواه عنه أصحابه: أبو حفص الكبير، وأبو سليمان الجوزجاني، وهشام بن عبيد الله الرازي، ومحمد بن سماعة، وغيرهم، ثم نظر فيه ثانيا، فزاد فيه أبوابا ومسائل كثيرة، وحرّر عباراته في كثير من المواضع حتى صار أكثر لفظا، وأغزر معنى، ورواه عنه أصحابه ثانيا. «الجامع الكبير» ص ٥.

سِهام المواريث في ذلك، وتقسّم بين الورثة أثلاثا، وقسمة سبعة لاتستقيم على ثلاثة، فيضرب أصل المسألة في ثلاثة، يصير سبعة وعشرين، كان للموصى له سهمان، فصار له سبعة، يعطى له سبعة، ويقسم الباقي بين الورثة أثلاثا، فعلى قياس تلك المسألة ينبغي أن يكون للموصى له[1] خمسة أسهم من ثمانية عشر.

قلنا: لا وجه لهذا؛ لأنا لو جعلنا المسألة من ثمانية عشرة، ويعطى للموصى له خمسة، يبقى ثلاثة عشر، لو أعطينا الأم سدس جميع المال ثلاثة أسهم، لا يبقى للإبن خمسة أسداس المال، بل يبقى له عشرة من ثمانية عشر فيكون ضرر الوصية على الابن خاصة، وقسمة المال بين الأم وبين الابن أسداسا ثابت بنص الكتاب فلا يجوز تغييرها.

ولو قسمنا بقية المال بعد الوصية وذلك ثلاثة عشر بين الابن وبين الأم أسداسا، يكون للابن عشرة أسهم وخمسة أسداس سهم لم يكن نصيب البنت نصف نصيب الابن، وأنه خلاف ما ثبت في الكتاب، وخلاف ما أوجب الموصي، فلأجل هذه الضرورة جعلنا المسألة من سبعة عشر.

وأما مسئلة الجامع قالوا ما ذكر ثمة جواب القياس وما ذكر هنا جواب الاستحسان. ووجه الاستحسان ما ذكرنا من الضرورة.

الفصل الثاني:

رجل مات عن امرأة وابن، وأوصى الرجل بنصيب ابن آخر لو كان وأجازت *

(١) سقطت عبارة طويلة من قوله: "أولا يبقى سبعة" إلى قوله: "يكون للموصى له" في (ج) و (د)، وهو سقط من الناسخ.

الورثة، فللموصى له سبعة أسهم من خمسة عشر، وللمرأة سهم، وللابن ثمانية[1].

ووجه ذلك أن يصحح الفريضة أولا من ثمانية للمرأة سهم، وللابن سبعة، ثم تزيد لأجل الوصية مثل نصيب الابن سبعة فيصير خمسة عشر، للموصى له في ذلك تسعة، يبقى ثمانية بين الوارثين، وإنما ذكر الإجازة لأنها وصية بأكثر من الثلث[2]، فلا تنفذ من غير إجازة. وهذا على جواب الاستحسان.

أما على جواب القياس تكون المسألة من ستة عشر ويكون لموصى له من ذلك سبعة، كما لو مات وترك ابنين وامرأة.

وجه الاستحسان أنا لو جعلنا المال ستة عشر، ونعطي للموصى له سبعة، يبقى تسعة، فيكون للابن سبعة وسبعة أثمان سهم، فيؤدي إلى التغيير.

قال: وكذا لو ترك امرأة وابنا، وأوصى لرجل بمثل نصيبه؛ لأنه أوصى بمثل نصيب ابن قائم، والوصية بمثل نصيب ابن قائم والوصية بنصيب ابن آخر لو كان سواء، ولو كان البنون ثلاثة، كان لكل ابن ثلث المال.

استشهد فقال: ألا ترى أن رجلا لو كان له ابنان، وأوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بنصيب ابن ثالث لو كان، وأبت الورثة أن يجيزوا، كان للابنين ثلثا المال، والثلث بين الموصى لهما نصفين؛ لأن الوصية بنصيب ابن ثالث لو كان وصية بثلث المال، لأن نصيب ابن ثالث لو كان يكون ثلث المال، وإذا كانت هذه وصية بالثلث وقد أوصى لآخر أيضا بالثلث، فيكون الثلث بينهما نصفين.

---

(١) وفي (ج) و (د): "سبعة".

(٢) من قوله: "في ذلك تسعة" إلى: "بأكثر من الثلث" ساقط من (ج) و (د).

وهذا قول محمد، أما على قول أبي يوسف يقسم الثلث بينهما أخماسا، ثلاثة الأخماس للموصى له بالثلث، وخمساه للآخر.

ووجه ذلك أنه لو أجيزت الوصيتان كان للموصى له بالثلث ثلث المال، ثم يكون الباقي بين البنين الثلاثة أثلاثا، فيصير المال تسعة، للموصى له بالثلث ثلاثة أسهم، ولكل ابن سهمان، فإذا كان حق الموصى له بالثلث في ثلاثة أسهم، وحق الآخر في سهمين يتضاربان بذلك إذا لم تجز الورثة.

وإنما استشهد محمد رحمه الله بهذا، لبيان أن الوصية بنصيب ابن لو كان، وصية بمثل نصيب الابن القائم.

ثم فرع على مسئلة الاستشهاد فقال: ألا ترى أنه لو أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بمثل ابن ثالث لو كان، ولم تجز الورثة، كان الثلث بينهما على خمسة، لأنه قدر وصيته بنصيب ابن ثالث، وسوى بين الموصى له وبين الابن الثالث.

ولو كان البنون ثلاثة، كانت المسألة من تسعة، للموصى له بالثلث ثلث المال، ثلاثة أسهم من تسعة، والباقي بين البنين الثلاثة، لكل ابن سهمان.

إذا ثبت أن حق أحدهما في ثلاثة أسهم، وحق الآخر في سهمين، فإذا لم تجز الورثة، كان الثلث بينهما على خمسة على قدر حقهما، وإذا صار الثلث خمسة صار كل المال خمسة عشر.

والصحيح في هذا ما روي عن محمد في «النوادر»: أن الثلث يكون بينهما أسباعا، للموصى له بالثلث أربعة أسباعه، وللآخر ثلاثة أسباعه؛ لأن صاحب الثلث لو انفرد بالوصية كان له ثلث المال، والآخر لو انفرد بوصيته كان له ربع المال؛ لأنه أوصى بمثل نصيب ابن ثالث، فإذا لم يكن الابن الثالث موجودا يقدر موجودا؛ لأن التمثيل بالشيء

يقتضي وجوده، ثم يزاد على الثلاثة مثل نصيب أحدهم ضرورة أن مثل الشيء غيره، وكل ما ضمّ إليه مثل ثلثه كان المضموم ربعه، فكانت الوصية له بربع المال، فيحتاج إلى حساب، له ثلث وربع، وأقلّه اثنا عشر، حق صاحب الثلث في أربعة، وحق الآخر في ثلاثة أسهم، ويتضاربان بذلك عند عدم الإجازة، ويصير الثلث بينهما على سبعة.

وعلى قول أبي يوسف يقسم الثلث بينهما أثلاثا، لأنه لو أجيزت الوصية لهما، كان للموصى له بالثلث أربعة من اثني عشر، ويقسم الباقي بين البنين الأربعة، لكل ابن سهمان، فيكون للموصى له بالنصيب سهمان من اثني عشر، وللآخر أربعة، فيقسم الثلث بينهما أثلاثا، بخلاف الوصية بنصيب ابن ثالث؛ لأن ذلك وصية بالثلث على ما ذكرنا، ولأنه لما أوصى بنصيب ابن ثالث فقد سوّى بينه وبين كل واحد من الابنين، فكانت الوصية له بالثلث.

أما إذا أوصى بمثل نصيب ابن ثالث، فما سوّى بينه وبين أحد ابنيه، وإنما سوّى بينه وبين الابن الثالث.

فمحمد رحمه الله يعتبر في هذه المسائل حالة الاجتماع بحالة الانفراد، وأبو يوسف اعتبر حال عدم الإجازة بحالة الإجازة.

وأوضح محمد الفرق بين الوصية بنصيب وارث معدوم، وبين الوصية بمثل نصيب وارث معدوم فقال: ألا ترى أنه لو مات وترك ابنين، وأوصى لرجل بنصيب ابن ثالث، ولم يوص لغيره[1]، ولم يجز الابنان، كان للموصى له ثلث المال.

ولو أوصى بمثل نصيب ابن ثالث، كان للموصى له ربع المال.

---

(١) "لغيره" ساقط من (ج) و (د).

والفرق ما قلنا أنه لما أوصى بنصيب ابن ثالث، فقد سوى بينه وبين كل واحد من الابنين.

أما إذا أوصى بمثل نصيب ابن ثالث، لا يكون غرضه التسوية بينه وبين كل واحد من الابنين، بل غرضه التسوية بينه وبين الابن الثالث.

ولو مات وترك بنتا وأخا، وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان، وأجازا وصيته، كان للموصى له ثلثا المال، والباقي بين الأخ والبنت نصفان؛ لأنه أوصى بنصيب الابن.

ولو كان الابن موجودا، كان المال بينه وبين البنت أثلاثا، وكان الأخ محجوبا به، فإذا ظهر أنه أوصى بثلثي المال، كان له ثلثا المال عند الإجازة، ويقسم الباقي بينهما على ما كان بينهما عند عدم الوصية، لأن الزيادة على الثلث، استحقت عند الإجازة من نصيبهما، فيقسم الباقي بينهما على ما كان قبل الوصية.

فرق محمد بين هذه المسألة وبينما تقدم، فيما تقدم صحح الفريضة بين الوارثين أوّلا، ثم زاد على الفريضة نصيب الموصى له، وهنا لم يصحح الفريضة، ولم يزد على نصيبهما نصيب الموصى له، بل قدّر الابن موجودا، وجعل الأخ محجوبا به، وأعطى نصيب الابن للموصى له.

وإنما فعل هكذا؛ لأن هنا أوصى له بنصيب من يحجب الأخ، فلا يمكن تصحيح الفريضة بين الأخ والبنت، وزيادة نصيب الابن عليها؛ لأن الزيادة على الشيء تقتضي تعديد الأصل، والأخ لا يرث مع الابن، فلهذا قدّر الابن موجود، أو جعل الأخ محجوبا به، أما فيما تقدم أوصى له بنصيب من لا يحجب الوارثين القائمين، فأمكن أن يجعل الوصية زيادة على الفريضة.

ولو ترك بنتا وأخا، وأوصى لرجل بمثل نصيب ابن لو كان، فأجازا، كان للموصى

له خمسا المال، والباقي بين الأخ والبنت نصفين؛ لأنه أوصى له بمثل نصيب وارث معدوم، ومثل الشيء يقتضي وجود ذلك الشيء، فيقدر الابن موجودا، ويجعل كأنه مات عن ابن وبنت، فتكون المسألة من ثلاثة، ثم يزاد على الفريضة سهمان؛ لأن مثل الشيء غيره، فتصير المسألة [من][1] خمسة، فإذا أجازا، كان له سهمان من خمسة، والباقي بينهما نصفان على ما كان قبل الوصية، وإن لم يجيزا كان له الثلث، والباقي بينهما نصفان.

ولو ترك أخا وأختا، وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان، وأجازا، كان للموصى له كل المال، يقدر الابن موجودا، ويعطى للموصى له، ولو كان الابن موجودا كان له كل المال، وإن لم يجيزا كان له الثلث، ويكون الباقي بينهما أثلاثا.

ولو أوصى له بمثل نصيب ابن لو كان، وأجازا، فإن للموصى له نصف المال؛ لأنه أوصى بمثل نصيب ابن معدوم، فيجعل الابن موجودا، ثم يزاد عليه مثل نصيبه، وكل شيء زدت عليه مثله، كان الزائد نصف الجملة، فكان له النصف، والباقي بينهما على ما كان قبل الوصية، وإن لم يجيزا كان له الثلث.

ولو ترك بنتا وأختا وأوصى لرجل بنصيب ابنة لو كانت، وأجازا أو لم يجيزا[2]، كان له ثلث المال؛ لأنه أوصى بنصيب وارث لا يحجب الموجود، فتصحح الفريضة بين الوارثين نصفين، ثم يزاد عليها مثل نصيب الابنة، وذلك سهم، فيصير ثلاثة، للموصى له من ذلك سهم واحد، والوصية بقدر الثلث لا تتوقف على الإجازة.

---

(١) ما بين المعكوفتين زيدت من (ج) و (د).

(٢) وفي (ج): "لم يجيزوا".

ولو لم يصحح الفريضة أولاً، ولكن تقدر الابنة الأخرى موجودة، كان الجواب كذلك؛ لأنه لو مات وترك ابنتين وأختا، كان لكل ابنة ثلث المال، فلا يختلف الجواب.

ولو أوصى بمثل نصيب ابنة لو كانت والمسألة بحالها، كان له الربع، أجازا أولم يجيزا، ويجعل كأنه مات وترك بنتين وأختا، فتكون المسألة من ثلاثة ثم تزيد عليها مثل نصيب إحدى الابنتين، لأن مثل الشيء غيره، فيصير أربعة، فكان له ربع المال، والباقي بين الوارثين نصفان، وهو باتفاق الروايات.

ولو أوصى بنصيب ابنة ثالثة، فكذلك الجواب في رواية هذا الكتاب، لأنه لما أوصى بنصيب الثالثة، والثالثة لا تتصور بدون الثانية، فقد ترك نصيب الابنة الأولى والثانية للورثة[1]، فيجعل كأنه مات عن بنتين وأخت، فتكون المسألة من ثلاثة، ثم يزاد عليها نصيب الثالثة، وهو سهم واحد؛ لأن مثل الشيء يجعل غيره فيصير أربعة، فكان للموصى له ربع المال.

أما على جواب الجامع له تسعا المال، يجعل كأنه مات عن ثلاث بنات وأخت، فتكون المسألة من تسعة، ويكون لكل ابنة تسعا المال، إذ لا فرق بين ابنتين وأخت وبين ابنتين وعم، لأن الأخت عصبة مع البنت.

ولو مات وترك أبا وابنا، وأوصى لرجل بنصيب ابن آخر لو كان، أو بمثل نصيب ابنة، فإن أجازا، كان للموصى له خمسة من أحد عشر؛ لأنه لو لم يكن ههنا وصية، كانت المسألة من ستة، للأب سهم واحد وللابن خمسة، فإذا أوصى بمثل نصيب الابن يزاد على الفريضة مثل نصيب الابن وذلك خمسة، فيصير أحد عشر، وهذه وصية بأكثر

---

(١) سقط قوله: "للورثة" في (ج) و (د).

من الثلث، فإذا أجازا نفذت الوصية، وكان له خمسة، والباقي بين الأب والابن أسداسا على ما كان قبل الوصية.

وعلى رواية الجامع له خمسة من اثني عشر، لأنه لما أوصى له بنصيب ابن آخر لو كان، يجعل كأنه مات وترك ابنين وأبا، فيكون لكل ابن خمسة من اثني عشر.

وإن لم يجيزا كانت المسألة من تسعة على الروايتين؛ لأن الوصية بقدر الثلث تقدم على الميراث فيسلم له ثلث المال، ويقسم الباقي بينهما على ما كان قبل الوصية.

وإن أجاز الأب، ولم يجز الابن، نقول عند عدم الإجازة، له ثلاثة أسهم من تسعة، وعند إجازتهم له خمسة من أحد عشر، فإذا ضرب في تسعة يصير خمسة وأربعين، فإنما يسلم له بإجازتهما اثنا عشر، سهمان من ذلك [من][1] حصة الأب، وعشرة من حصة الابن، فإذا أجاز أحدهما يضمّ إلى ثلث المال ما يحصل له بإجازته، إن أجاز الأب كان له خمسة وثلاثون، وإن أجاز الابن كان له ثلاثة وأربعون.

ثم سأل في الكتاب على نفسه سؤالا، فقال: إذا أجاز الابن وحده، ينبغي أن يجمع بين نصيبه ونصيب الموصى له، ويقسم بينهما نصفين؛ لأنه قام مقام الابن الآخر.

وإن أجاز الأب يضمّ ثلث المال إلى نصيب الأب، فيقسم بينهما أثلاثا؛ لأن الموصى له قام مقام ابن آخر، وحق كل واحد من الابنين يكون في الثلث، وحق الأب في السدس.

ثم أجاب عن هذا فقال: الموصي أوصى له بنصيب الابن من جميع المال لا من نصيب الابن خاصة، فلو جعلنا القسمة على ما قلتم، كان تنفيذ الوصية من نصيب بعض

---

(١) ما بين المعكوفتين زيدت من (ج) و (د).

الورثة فلا يجوز.

واستشهد فقال: لو أنه ترك ابنين، وأوصى لرجل بمثل نصيبهما، فإن أجازا[1] كان للموصى له نصف المال؛ لأنا نجعل المال بين الابنين على سهمين، ونزيد مثل ذلك لأجل الوصية، فيصير أربعة، فكان له نصف المال إن أجازا، وإن لم يجيزا كان له الثلث.

وإن أجاز أحدهما، ولم يجز الآخر نقول: عند عدم الإجازة، له ثلث المال، سهم من ثلاثة، وعند الإجازة له سهمان من أربعة، فنضرب ثلاثة في أربعة، فيصير اثني عشر له عند عدم الإجازة، ثلث المال أربعة، وعند الإجازة له نصف المال ستة، فأيّهما أجازا أخذ منه سهما، ونضمّه إلى الثلث، فيصير للموصى له خمسة، وللمجيز ثلاثة أسهم، ولغير المجيز أربعة.

وإن مات الرجل، وترك ابنين، وأوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصيب ابن ثالث، أو أوصى بثلث ماله لرجل، وبمثل نصيب أحد ابنيه لرجل آخر، فذلك سواء.

فإن لم يجيزا، عند أبي يوسف يقسم الثلث بين الموصى لهما على خمسة؛ لأنه يعتبر حال عدم الإجازة[2] بحالة الإجازة، وفي حالة الإجازة للموصى له بالثلث ثلاثة أسهم من تسعة، وللآخر سهمان، فحال عدم الإجازة يتضاربان في الثلث، أحدهما بثلاثة، والآخر بسهمين.

وعند محمد يقسم الثلث بينهما نصفين؛ لأن مثل نصيب أحدهما ثلث المال، فكأنه أوصى لكل واحد منهما بالثلث.

---

(١) وفي (ج) و (د): "فإن أجزأ"، وهو خطأ.

(٢) وجاء في (ج) و (د): "يعتبر حال الإجازة"، وما ثبت أصح.

وإن أجازا، كان للموصى له بالثلث ثلاثة أسهم من تسعة، والباقي بين الابنين وبين الموصى له الآخر أثلاثا، لكل واحد منهم سهمان، يعتبر إجازة الورثة، لا إجازة الموصى لهما؛ لأنه يتصرف في حقهما.

وإن أجازا الوصية لصاحب الثلث، كان له ثلث المال، وللآخر مثل ما يكون له حال عدم الإجازة، ويجعل في حقه كأنهما لم يجيزا للآخر.

فعند أبي يوسف حال عدم الإجازة كان للموصى له بالنصيب سهمان من خمسة عشر، فإذا أجازا الوصية لصاحب الثلث، كان لصاحب الثلث الثلث، وللآخر سهمان من خمسة عشر، ولكل ابن أربعة.

وعند محمد حال عدم الإجازة يكون لكل واحد منهما السدس، فإذا أجازا الوصية لصاحب الثلث، كان له الثلث، وللآخر سدس المال، وللابنين نصف المال.

وإن أجازا للموصى له بالنصيب، على قول أبي يوسف للموصى له بالثلث ثلاثة من خمسة عشر، يبقى اثنا عشر، يكون للموصى له بالنصيب ثلث ما بقي أربعة أسهم؛ لأن حقه عند الإجازة في ثلث ما بقي.

وعند محمد للموصى له بالثلث، سدس المال، ثلاثة من ثمانية عشر، والباقي بين الابنين وبين الموصى له بالنصيب أثلاثا، لأن عنده حق الموصى له بالثلث عند عدم الإجازة في سدس المال، بقي خمسة أسداس المال بينهم أثلاثا، فإذا انكسر بالأثلاث، ضربنا أصل المال، وذلك ستة في ثلاثة، يصير ثمانية عشر، يأخذ الموصى له بالثلث ثلاثة أسهم، ويأخذ الموصى له الآخر نصف الثلث، وذلك ثلاثة، نضمّها إلى ما في يد الابنين، وتقسم الجملة بينهم أثلاثا؛ لأنهما لما أجازا وصيته كان نصيبه مثل نصيب كل واحد من الابنين.

فإن أجاز أحد الابنين للموصى له بالنصيب، ينظر إلى حالة الإجازة وعدمها، وله في حالة الإجازة خمسة أسهم من ثمانية عشر، وحال عدم الإجازة له سدس المال، ثلاثة من ثمانية عشر، فإنما يأخذ بإجازتهما سهمين، فإذا أجاز أحدهما، كان له سهم من حصة المجيز، فيكون له أربعة من ثمانية عشر.

وروى بشر في «الأمالي» عن أبي يوسف: رجل ترك ابنين، وأوصى لرجل بنصف ماله، ولآخر بمثل نصيب أحد الابنين، ولم تجز الورثة، يجعل ثلث ماله بين الموصى لهما، صاحب النصف يضرب في الثلث بنصف المال، والآخر بتسعي المال.

ووجه ذلك أن الوصية للأجنبي بقدر الثلث تقدم على الميراث، ولا تتوقف على الإجازة، فيقسم الثلث بينهما على قدر حقوقهما.

وعنده لا يبطل حق الضرب بالوصية، فيضرب بالنصف، وحق الآخر في مثل نصيب أحد الابنين، ونصيب الابنين ثلثا المال؛ لأن الوصية بقدر الثلث مقدمة على الميراث، فكان حقهما في الثلثين، وحق الموصى له بالنصيب مثل حق أحدهما، فيصير الثلثان بينهم أثلاثا، فنحتاج إلى حساب له ثلث، ولثلثه ثلث، وأقله تسعة، حق الموصى له بالنصيب في نصف المال أربعة ونصف، وحق الآخر في ثلث الثلثين وذلك سهمان، فيضرب كل واحد منهما بحقه في الثلث، ويقسم الثلث بينهما على قدر حقوقهما.

وإن أجاز الابنان وصيتهما، يأخذ صاحب النصف تمام حقه أربعة ونصف من تسعة، ويأخذ الآخر تسعين، وهو سهمان من تسعة، ويبقى للابنين تسعان ونصف.

ولو أوصى لرجل بمثل نصيب أحد الابنين، ولآخر بمثل نصيب الآخر، فإن أجازا، كان لهما نصف المال، وللابنين نصف المال؛ لأن قبل الوصية نصيب كل ابن سهم من سهمين، فإذا أوصى بمثله، ومثل الشيء غيره، صار كل نصيب سهمين، وصار المال

أربعة، لكل واحد ربع.

وإن لم يجيزا، كان الثلث بينهما نصفين؛ لأن الوصية بقدر الثلث لا تتوقف على الإجازة.

فإن أجازا لأحدهما، فللذي أجازا الربع، اعتبارا لوجود الإجازة لهما، وللذي لم يجيزا سدس المال، اعتبارا لعدم الإجازة.

وإن أجاز أحدهما دون الآخر، فللذي أجاز ربع المال، اعتبارا لوجود الإجازة. وللذي لم يجز ثلث المال، اعتبارا لعدم الإجازة.

ـ والله أعلم ـ

باب الوصية بالخدمة والغلة والولد وما يكون رجوعا ومالايكون

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن العام فيما يتناوله بمنزلة الخاص[1].

والثاني: أن من أوصى لرجل بعين[2] وخصّ بشيء منه غيره، فإن كان ذلك الشيء من أجزاء العين، وكان التخصيص متصلا بصدر الكلام كان العين للأول وللثاني ما دخل

(١) قرّر الإمام السرخسي هذا في أصوله ثم فرّع عليه بعض مسائل هذا الباب محيلا إلى الزيادات واستيناسا لما ذكره الإمام محمد رحمه الله فقال: المذهب عندنا أن العام موجب للحكم فيما يتناوله قطعا، بمنزلة الخاص موجب المحكم فيما تناوله، يستوي في ذلك الأمر والنهي والخبر، إلا فيما لايمكن اعتبار العموم فيه لانعدام محله، فحينئذ يجب التوقف إلى أن يتبين ما هو المراد به ببيان ظاهر، بمنزلة المجمل، فعلى هذا دلّت مسائل علمائنا رحمهم الله. قال محمد رحمه الله في «الزيادات»: إذا أوصى بخاتم لرجل ثم أوصى بفَصّه لآخر بعد ذلك في كلام مقطوع، فالحلقة للموصى له بالخاتم، والفص بينهما نصفان، لأن الإيجاب الثاني في عين ما أوجبه للأول لايكون رجوعا عن الأول، فيجتمع في الفص وصيتان: إحداهما بإيجاب عام، والأخرى بإيجاب خاص، ثم إذا ثبت المساواة بينهما في الحكم يجعل الفص بينهما نصفين. انظر: «أصول السرخسي» ١/ ١٣٢، «المبسوط» ٢٧/ ١٨٤، «أصول الشاشي» ص ٣، «الهداية» مع «فتح القدير» ١٠/ ٥٢٣.

(٢) وفي (ا) و (ب): "أوصى بعين لرجل".

في التخصيص[١].

وإن كان التخصيص منفصلا كان العين الأول وما دخل في التخصيص يكون بين الأول والثاني[٢].

وإن كان التخصيص بشيء من توابع العين لا من أجزائه، كان العين الأول وما دخل في التخصيص للثاني على كل حال، ما كان من أجزاء العين يستحق بالإيجاب، ويكون الإيجاب متناولا له، فالتخصيص للثاني يكون إخراجا لما تناوله أول الكلام.

فإن كان موصولا أمكن جعله بيانا؛ لأن أول الكلام يتوقف على آخره إذا كان في آخره ما يُغيّر حكم الأول، كما في الشرط والاستثناء[٣].

أما إذا كان التخصيص بكلام منفصل، فحكم الكلام الأول[٤] تمّ وثبت، فلا يمكن جعله بيانا، فيجعل وصية مبتدأة، فيكون بينهما بمنزلة عين أوصى به لرجلين على التعاقب.

فإذا لم يكن التخصيص بشيء من أجزائه، بل كان من توابعه، فهو للثاني[٥] على

(١) اختصر العتابي في تأصيل هذا الباب فقال: أصل الباب أن الاستثناء يصحّ موصولا، ولا يصحّ مفصولا، لأنه بيان وتخصيص، فيصحّ بشرط الوصل إذا كان تخصيصا في بعض ما تناوله صدر الكلام. «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق ١٥٩.

(٢) سقطت هذه الفقرة كلها من (ج) و(د)، وثبتت في الأصل و(ا) و(ب).

(٣) انظر «أصول السرخسي» ١/ ١٤٥.

(٤) "الأول" ساقط من (ج) و(د)، وثبت في النسخ الأخرى.

(٥) "للثاني" ساقط من (ج) و(د).

كل حال؛ لأنه إذا لم يكن من أجزائه لا يدخل في الإيجاب، وإنما يستحقه صاحب الأصل بطريق التبعية، فإذا استحقه الثاني بسبب على حدة لا يبقى تبعا، فلا يستحقه الأول.

وفي الباب فصلان:

الأول: فيما كان من جملة الأجزاء تناوله صدر الكلام صيغة.

والثاني: فيما إذا كان من المنافع.

أما الفصل الأول قال محمد رحمه الله: رجل قال: أوصيت بهذه الدار لفلان وبنيانها لفلان الآخر، أو قال: أوصيت بهذا الخاتم لفلان وبفصه لفلان، أو قال: [أوصيت](1) بهذه الجارية لفلان وبولدها الذي في بطنها لفلان، أو قال: [أوصيت] بهذه القَوْصَرَة(2)، التمر لفلان وبتمرها لفلان(3)، فهو على وجهين:

إما إن قال ذلك موصولا أو مفصولا، ففي الوجه الأول كان لكل واحد منهما ما أوصى له؛ لأن اسم الدار اسم عام يتناول العَرْصَة(4) والبناء(5)، ولهذا لو اشترى دارا، ثم

---

(1) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(2) "القَوْصَرَة"، بالتشديد والتخفيف: وعاء التمر يتّخذ من قصب، وذكر المطرزي أن قولهم: "وإنما تسمّى ذلك ما دام فيها التمر وإلا فهي زَبيل" مبني على عرفهم. انظر: «المغرب» ٢/ ١٨١، و«المصباح المنير» ص ٥٠٥.

(3) راجع في المسائل كلها «المبسوط» ٢٧/ ١٨٤، و«الهداية» ٤/ ٢٥٤، و«فتح القدير» ١٠/ ٥٢٢، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٣٥٤.

(4) عَرصَة الدار: ساحتها، وهي البقعة الواسعة من الدار التي ليس فيها بناء، والجمع: "عِراص"، مثل: كَلبة وكِلاب، و"عَرَصات" مثل: سَجدة وسجدات، وقال أبو منصور الثعالبي في «فقه اللغة»: كل بُقعة ليس فيها بناء فهي عَرصة، وسمّيت ساحة الدار "عَرصة" لأن الصبيان يعترصون

استحق بناؤها، يرجع على البائع بحصة البناء من الثمن.

وكذلك اسم الخاتم يتناول الحلقة[1] والفَص[2] جميعا واسم الجارية يتناولها بجميع أجزائها، والولد من أجزائها حتى كان إعتاقها إعتاقا للجنين، ويستحق ولاء الجنين أصلا، والقوصرة اسم لها بما فيها من التمر عرفا.

فإذا أفرد غيره بالبناء والولد ونحوه، فقد خصّ العام، وتخصيص العام صحيح بشرط الوصل[3]، فيختص كل واحد منهما بما أوصى له[4]، كما لو قال: أوصيت بهذه الأرض لفلان وبزرعها لآخر، أو قال: "أوصيت بهذه الألف لفلان إلا مائة منها، فإني أوصيت بها لفلان آخر"، فإنه يختص كل واحد منهما بما أوصى له.

فيها، أي يلعبون ويمرحون. «المصباح المنير» ص ٤٠٢.

(٥) يؤيّده ما قاله المرغيناني بأن من باع دارا دخل بناؤها في البيع وإن لم يسمّه، لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف، وقال في موضع آخر: اسم الدار ينتظم العِلو، لأنه اسم لِما أدير عليه الحدود. «الهداية» ٣/ ٢٥ و ٦٦.

(١) وفي (ج) و (د): "الخاتم" بدل "الحلقة"، وما ثبت أصح.

(٢) فَصّ الخاتِم، بالفتح، والكسر غير لحن: ما يركّب فيه من غيره، وجمعه: فُصوص، مثل فلس وفلوس. «المصباح المنير» ص ٤٧٤، و«القاموس المحيط» ص٨٠٧، و«مختار الصحاح» ص ٥٠٤.

(٣) انظر «أصول السرخسي» ١/ ١٤٥ و ١٤٧

(٤) ذكر السرخسي في أصوله نقلا عن الوصايا من «كتاب الأصل»: لو كانت الوصيتان بهذه الصفة في كلام موصول، كان الفص للموصى له خاصة، لأنه إذا كان الكلام موصولا كان آخره بيانا لأوله، فيظهر به أن مراده بالإيجاب العام الحلقة دون الفص. «أصول السرخسي» ١/ ١٣٣.

وكذا لو بدأ بالبناء ونحوه، وثنّى بالأصل بأن قال: أوصيت بهذا البناء لفلان، أو بهذا الفص لفلان، أو بهذا الولد الذي في البطن، وبالدار، والخاتم، والجارية لفلان، لأن البناء يتقدّم ويتأخّر[1].

وإن فصل، فقال: أوصيت[2] بهذه الدار، وبهذه الجارية، أو بهذه القوصرة من التمر، أو بهذا الخاتم لفلان، ثم قال من الغد: قد أوصيت ببناء هذه الدار لفلان، كانت الدار للموصى له بالدار، والبناء بينهما، وكذلك ولد الجارية، والفص، والتمر.

وسواء بدأ بالدار ونحوها وثنى بالبناء والولد ونحوه، أو على العكس، فإن الدار، والجارية، والحلقة للموصى له بالدار، والبناء وما أشبهه بينهما.

وقال أبو يوسف هذا والأول سواء، ولكل واحد منهما ما أوصى[3].

لأبي يوسف أن الدار اسم للعرصة، ولهذا يبقى اسم الدار بعد زوال البناء، وكذا الخاتم اسم للحلقة، والجارية اسم للذات دون الولد، وإنمايستحق الموصى له بالدار ونحوها هذه الأشياء تبعا لا بحكم الإيجاب، والثابت بالإيجاب يكون فوق الثابت تبعا[4]، والأدنى لا يزاحم الأقوى، فيختص كل واحد منهما بما أوصى له.

---

(١) قوله: "لأن البناء يتقدّم ويتأخّر" سقط في (ج) و (د)، وثبت في النسخ الأخرى.

(٢) "أوصيت" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) انظر «المبسوط» ٢٧/ ١٨٤، «الهداية» مع «فتح القدير» ١٠/ ٥٢٢.

(٤) لأن البناء والتمر والولد والفص دخل تحت وصية الثاني مقصودا، لأنه نصّ عليه، ودخل تحت وصية الأول تبعا لا نصا، واعتبار التنصيص أولى من اعتبار الدلالة. «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق ١٥٩.

ولمحمد ما ذكرنا أن الدار اسم عام يتناول العرصة والبناء[1]، وكذلك اسم الجارية والخاتم ونحوه لما ذكرنا[2].

ولهذا لو أوصى بالدار أو بالجارية أو بالخاتم أو بالقَوصرة، واستثنى البناء والولد والفَصّ جاز، ولو لم يكن الاسم متناولا لما صح الاستثناء، لأن الاستثناء تصرف في اللفظ، بحيث لولا الاستثناء لدخل.

وإذا ثبت أن اسم الدار يتناول الكل، فإذا لم يصح التخصيص بفقد شرطه وهو الوصل، بقي البناء ونحوه داخلا تحت الكلام الأول، وقد أوصى به للثاني، والوصية الثانية لا تكون رجوعا عن الأولى، فيجتمع في البناء ونحوه وصيتان فيكون بينهما، كما لو أوصى بالدار والبناء لرجل ثم أوصى بالبناء لآخر، فإن الدار تكون لأحدهما والبناء بينهما، وكذلك الفص ونحوه.

وأما الفصل الثاني:

لو قال أوصيت بهذه الجارية لفلان وبخدمتها لآخر، أو بهذه الدار لفلان وبسكناها لآخر[3]، أو بهذا العبد لفلان وبغلته لآخر، أو بهذا البستان لفلان وبثمرته لآخر، أو بدأ

---

(١) انظر «الهداية» ٣/ ٢٥ و ٦٦.

(٢) فصّل السرخسي في توجيه قول محمد رحمه الله بقوله: مِن أصلنا أن العام موجَبه ثبوت الحكم في كل ما يتناوله على سبيل الإحاطة بمنزلة الخاص، فاجتمع في الفص الوصية لكل واحد منهما بإيجاب على حدة، فيجعل الفص بينهما نصفين، ولا يكون إيجاب الوصية للثاني فيه دليل الرجوع عن الأول، كما لو أوصى بالخاتم للثاني. «المبسوط» ٢٧/ ١٨٤. وانظر «أصول السرخسي» ١/ ١٣٢.

(٣) تجوز الوصية بالمنافع من خدمة العبد وسكنى الدار وظَهر الفرس عند عامّة الفقهاء، إلا ابن أبي

بالسكنى ونحوه وثنى بالدار ونحوها، وصل أم فصل، كان لكل واحد منهما ما أوصى له[1]، لا حق لصاحب الأصل في التبع؛ لأن اسم الدار لا يتناول السكنى، و كذلك اسم العبد لا يتناول الغلة و الخدمة[2]، والبستان لا يتناول الثمرة[3].

ولهذا لو أوصى بالدار ونحوها، واستثنى السكنى والغلة والخدمة والثمرة، لا يصح الاستثناء[4].

وإنما يستحق صاحب الأصل هذه الأشياء بطريق التبعية لا بحكم الإيجاب، فإذا استحقت بإيجاب على حدة، لا يستحق تبعا.

ليلى، لأن الموصي لما ملك تمليك المنافع حال حياته بعقد الإجارة والإعارة، فلأن يملك بعقد الوصية أولى، لأنه أوسع العقود، وأنها تحتمل ما لايحتمله سائر العقود من عدم المحل والحظر والجهالة. يرجع للتفصيل إلى «مختصر اختلاف العلماء» لأبي بكر الجصاص، مسألة تحت رقم٢١٧١، ج ٥/ ٣٢، «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٥٢، «المبسوط» ٢٧/ ١٨١، «الهداية» ٤/ ٢٥٢، «فتح القدير» ١٠/ ٥١٨.

(١) قال السرخسي موجّها لهذه المسألة: لو أوصى له بخدمة عبده وللآخر برقبته، وهو يخرج من الثلث، فالرقبة لصاحب الرقبة، والخدمة كلها لصاحب الخدمة، لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما، وما أوجبه لكل واحد منهما يحتمل الوصية بانفراده، فبعطف إحدى الوصيتين على الأخرى لايتحقق بينهما مشاركة فيما أوجبه لكل واحد منهما. «المبسوط» ٢٧/ ١٨٣.

(٢) انظر «المبسوط» ٢٨/ ٢.

(٣) و يتفرّع عليه ما ذكره الإمام الطحاوي في مختصره بأن من أوصى لرجل بثمرة بستانه، ثم مات الموصي، وفيه ثمرة قائمة، فلا شيئ للموصى له غيرها. انظر «مختصر الطحاوي» بتحقيق العلامة أبو الوفاء الأفغاني، ص ١٦٣.

(٤) انظر «فتح القدير» ١٠/ ٥٢١.

قال: ألا ترى أن الموصى له بالخدمة والغلة والسكنى والثمرة، لو رَدّ وصيتَه، أو مات قبل الاستيفاء، كانت الغلة والخدمة والسكنى ونحوها للموصى له بالأصل، ولا يكون لورثة الموصى.

وفي الفصل الأول لو مات الموصى له بالبناء ونحوه قبل موت الموصي، أو ردّ وصيته، يعود الولد والبناء وما يشبه ذلك إلى ورثة الموصي[1].

استشهد لبيان أنِ الولد ونحوه، وما كان من جملة الأجزاء يستحق بحكم الإيجاب لا بطريق التبعية، فإذا بطل الإيجاب بالرد يعود إلى ورثة الموصي، ولو كان الاستحقاق بطريق التبعية يكون لصاحب الأصل.

-والله أعلم-

(١) وذلك لبطلان الوصية، قال الإمام الطحاوي في مختصره: "ومن أوصى لرجل بوصية، ثم مات الموصى له في حياة الموصِي، أو مع موته، بطل ماأوصى له به من ذلك". «مختصر الطحاوي» ص ١٥٧، وقال الجصاص معلقا عليه: لأن صحة الوصية متعلقة بموت الموصِي، ألا ترى أن الموصِي، له أن يرجع في وصيته، وينصرف فيما أوصى به بسائر وجوه التصرف، فلمّا كان كذلك، وكان الموصى له ميتا قبل الموصِي، لم تصحّ له وصيته. «شرح مختصر الطحاوي» لأبي بكر الجصاص، ٢/ ٥٣٢.

كتاب الكفالة

باب الكفالة والحوالة والرهن فيها من المتطوع وغير ذلك

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن ضمان الرهن يبقى ببقاء القبض، لأن قبض الرهن قبض ضمان لأنه قبض استيفاء على معنى أنه لو هلك عند المرتهن، والدين قائم في نفسه يصير مستوفيا دَينه من القبض فيبقي كذلك، وإن ثبت للراهن حق الاسترداد[1] بعارض؛ لأن البقاء يكون على وفق الثبوت ولأن الرهن[2] لم يرض بقبضه إلا بصفة[3].

والثاني: أن الحوالة توجب براءة المحيل بشرط السلامة[4]، وإذا توى ما على المحتال عليه، يرجع المحتال له على المحيل بدينه عندنا[5].

---

(١) قوله: "دينه من وقت القبض إلى قوله حق الاسترداد" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "وإن ثبت الراهن".

(٣) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥٥.

(٤) «فتح القدير» ٧/ ٢٢٧ طبع جديد دار الكتب العلمية ١٤١٥ هـ.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٦، و«الهداية» ٣/ ١٢٩، طبع مكتبة شركة علمية ملتان، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٧و١٨.

والتوى عند أبي حنيفة يكون بطريقين:

أحدهما: أن يجحد المحتال عليه الحوالة ويحلف[1].

والثاني: أن يموت، ولا يدع مالا، ولا شخصا يؤدي عنه[2].

وعند أبي يوسف ومحمد بهما، وبتفليس القاضي أيضا في حياته[3]، والمسئلة معروفة.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل له على رجل ألف درهم، فأحاله بها على رجل، وأعطاه للمحتال عليه كفيلا بالمال حالاً، أو إلى سنة، أو كفل رجل عن المحتال

---

(١) ولا بينة له عليه، أي لا بينة للمحال ولا للمحيل عليه. لأنه حينئذ لا يقدر على مطالبته. قال الإمام محمد رحمه الله في أماليه: "وخصلة أخرى توى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقولنا: أن جحد المحتال عليه، أو يكون احتيل عليه بقليل أو كثير، ولم يكن للمحتال عليه بينة، واستحلفه القاضي، فحلف، فهذا توى، ويردّ القاضي المحتال على الذي عليه الأصل بماله". جزء من «الأمالي» للإمام محمد، ص ٣٥، وانظر: «فتح القدير» و«العناية» ٧/ ٢٢٧، «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٦، «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨.

(٢) «الأمالي» للإمام محمد، ص ٣٥، «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٦، «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠، «فتح القدير» ٧/ ٢٢٨، «المبسوط» ٢٠/ ٤٦، «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨.

(٣) أي بقضي القاضي بإفلاسه بناء على أن القاضي بقضي بالإفلاس حال حياته عندهما، وعند الإمام أبي حنيفة لا يقضي به. يقول الإمام محمد في أماليه: "والآخر أن يفلس المحتال عليه ولايكون له مال، فيرجع إلى القاضي، فلايقدر له شيئ يقبضه غرماءه فيفلّسه، ويقضي بتفليسه، ويخرجه من الحبس، فإذا قضى بذلك فهذا توى". انظر جزء من «الأمالي» للإمام محمد، ص ٣٥، «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨.

(عليه بأمره)[1] أو بغير أمره، ثم مات المحتال عليه مفلسا، لم يكن للمحتال له أن يرجع بدينه على المحيل[2]؛ لأن عود الدين إلى ذمة المحيل، حكم انفساخ الحوالة بهلاك المال على المحتال عليه ولم يهلك؛ لأن ذمة الكفيل قامت مقام ذمة المحتال عليه في توجه المطالبة، فلا تبطل الحوالة.

ألا ترى أن المكاتب إذا مات، وترك ولدا وُلِدَ في الكتابة، لا تبطل الكتابة[3]، وجعل موته عمن يؤدي البدل، كموته عما يؤدي به، وهو المال، كذلك هنا.

ولو أن المحتال عليه لم يعط كفيلا بالمال، ولكن استعار من رجل عينا ليرهنه بدين المحتال له ورهنه، أو رهن أجنبي عند المحتال له، رهنا بماله[4] على المحتال عليه بأمر المحتال عليه، أو بغير أمره، وسلطه على البيع، واستيفاء الدين منه، أو لم يسلطه فلم يقبض الطالب دينه، ولم يبع الرهن، أو باع ولم يقبض الثمن لاستيفاء حقه، حتى مات المحتال عليه مفلسا، يعود الدين إلى ذمة المحيل[5]، وتبطل الحوالة والرهن، ويكون

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٢) «الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٧٣.

(٣) قال المرغيناني: ويسعى الولد في كتابة أبيه على نجومه، فإذا أدّى حكمنا بعتق أبيه قبل موته وعتق الولد، لأن الولد داخل في كتابته، وكسبه ككسبه فيخلفه في الأداء، وصار كما إذا ترك وفاء. «الهداية» ٣/ ٣٣٧ -٣٣٨، طبع شركة علمية ملتان باكستان،

(٤) في (ج) و (د): "رضي بماله".

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٦، و«الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٧٣.

صاحب الرهن أحق بالرهن وبثمنه[1] من المحتال له.

فرق بين هذا وبين الأول[2]، واختلفت عبارة المشايخ في الفرق بينهما.

قال بعضهم: إنما بطلت الحوالة فيّ الفصل الثاني؛ لسقوط الدين عن المحتال عليه[3]؛ لأن محل الدين الذمة، وقد خرجت ذمته قبل الاستيفاء لا إلى خلف، وبقاء الدين من غير محل الدين لا يتصور، فيسقط الدين، وإذا سقط الدين يبطل الرهن؛ لأنه عقد لاستيفاء الدين، فلا يبقى بدونه، وإذا بطل الرهن، توى ما على المحتال عليه، ويرجع بدينه على المحيل[4].

أما في الفصل الأول وإن خرجت ذمة المحتال عليه، قامت ذمة الكفيل في حياته مقام ذمته؛ لأن الكفالة شرعت لضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في حق توجه المطالبة[5]، وذمة الكفيل باقية، فيبقى الدين لبقاء محله.

وإذا لم يسقط الدين عن المحتال عليه بهلاكه، لا يتحقق التوى، فلا يرجع على المحيل بدينه.

وقال بعضهم: سقط الدين عن المحتال عليه في الفصلين؛ لأن محل الدين الذمة، وذمته لم تبق. وإنما بطل الرهن ولم تبطل الكفالة؛ لأن براءة الأصيل لا تنافي بقاء الكفالة،

(١) «ردّ المحتار على الدر المختار» ٥/٣٤٦، طبع دار الفكر ١٣٩٩ هـ.

(٢) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "والأول".

(٣) الجوهرة النيّرة شرح القدوري ١/٤٠٨.

(٤) الجوهرة النيّرة شرح القدوري ١/٤٠٨.

(٥) «الهداية» ٣/١١١.

فإن ابتداء الكفالة بشرط براءة الأصيل جائزة، وتكون حوالة[1]، وكذا لو أضاف الكفالة إلى حال هلاك الدين على الأصيل، بأن قال: "إن توى مالك على فلان، فأنا كفيل بذلك"[2]، يصح وإذا جاز الابتداء فالبقاء أولى.

أما الرهن بدون الدين لا يتصور[3]، ولهذا لو رهن شيأ بدينه على أن يبرئه من الدين، لا يصح، فإذا سقط الدين عن المحتال عليه، لا يبقى الرهن، وعند ذلك يتوى المال على المحتال عليه، فيرجع على المحيل بدينه.

ولا يقال إن خربت ذمة المحتال عليه، خربت إلى خلف، وهو الرهن؛ لأنه محل لاستيفاء الدين، وقد ثبت يد الاستيفاء عليه.

ولهذا لو مات المديون وبدينه رهن، أو ترك مالا، لا يسقط الدين، حتى لو كفل به إنسان يجوز[4] عند أبي حنيفة رحمه الله[5].

ولو مات ولم يدع شيئا، ولا رهنا، لا تصح الكفالة[6] [عند أبي حنيفة][7]؛ لأنا

---

(١) «الهداية» ٣/ ١١٦.

(٢) نقل ابن عابدين عن الدراية مثالا له بأن يقول: ضمنت كل مالك على فلان إن توى. راجع «رد المحتار على الدر المختار ٥/ ٣٠٦.

(٣) الجوهرة النيّرة شرح القدوري ١/ ٢٩٢.

(٤) «فتح القدير» ٧/ ١٩١.

(٥) "عند أبي حنيفة" ساقط من (ج) و (د).

(٦) وقال أبو يوسف ومحمد والأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم "تصح" لأنه كفل بدين ثابت، لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: «الزعيم غارم» أخرجه ابن ماجه في الصدقات، باب الكفالة الحديث

نقول: إذا ترك مالا، أو كان به رهن بملكه، تتوجه المطالبة على وارثه، أو وصيه بقضاء الدين، وتقوم ذمة الوارث أو الوصي مقام ذمته[1]، لكن إقامة الغير مقامه عرف في إملاكه، فيقتصر عليه.

ثم استشهد محمد رحمه الله لبيان أن براءة المديون عن الدين، تبطل الرهن فقال: ألا ترى أن المديون لو رهن بدينه رهنا، ثم أحاله بالدين على رجل، له أن يأخذ الرهن[2]؛ لأن الراهن برئ بالحوالة، فلا يبقى الرهن.

وذكر هذه المسئلة بعد هذا في الباب الطويل من هذا الكتاب، أنه لا يبطل الرهن، ولا يكون للمحيل أن يأخذ رهنه، مالم يقبض الطالب دينه من المحتال عليه.

قالوا: في المسئلة روايتان: ما ذكر هنا أنه لا يبقى الرهن، قول محمد، وما ذكر ثمة، قول أبي يوسف.

وحكي عن القاضي أبي حازم[3] أنه قال: اختلف شاب وشيخ في هذه المسئلة، -

---

٢٤٠٥، والترمذي في البيوع، الحديث ١٢٦٥. انظر «بدائع الصنائع» ٦/٦، وشرح «فتح القدير» ٧/ ١٩٠.

(٧) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(١) «ردّ المحتار على الدر المختار» ٥/ ٣١١، «فتح القدير» ٧/ ١٩٠.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٦.

(٣) هو عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي، أبو خازم، أخذ العلم عن عيسى بن أبان، وتفقّه عليه أبو جعفر الطحاوي وأبو طاهر الدباس، كان ثقة ورعا عالما بفنون الحساب والفرائض، حاذقا في عمل المحاضر والسجلات، من أفاضل القضاة، وله: «كتاب المحاضر والسجلات» و «كتاب

وعني بالشاب نفسَه، وبالشيخ أبابكر[1] العَمّي[2] رحمه الله - فأجاب الشيخ بقول أبي يوسف، والشاب بقول محمد، ولم يعرفا الرواية، فسألا هلالَ الرازي[3] رحمه الله،

أدب القاضي» و «كتاب الفرائض»، توفي في سنة ٢٩٢هـ. جاء في الأصل: "أبو حازم" بالحاء المهملة، وهو خطأ، لأن كنيته: "أبو خازم" بالخاء المعجمة، ذكرها أبو الوفاء القرشي وتقي الدين التميمي واللكنوي، وكثير ممن ترجمه، وورد في بعض المصادر بالحاء المهملة، وهو تصحيف، انظر: الفهرست ص١٩٢، طبقات الفقهاء للشيرازي ص١٤١، تاج التراجم ص ٣٣، كتائب أعلام الأخيار برقم ١٤٤، الطبقات السنية برقم ١١٣٨، الجواهر المضية برقم ٧٥٨، كشف الظنون ١/ ٤٦، الفوائد البهية ص٨٦.

(١) ترجم له القرشي في الكنى من «الجواهر المضية» ٤/ ٢٤؛ فقال: "أبو بكر العَمّي، تفقه عليه أبو خازم القاضي، وهو متأخر عن أبي الحسن العَمّي"، وتعقب عليه المحقق الدكتور عبدالفتاح محمد الحلو بأن أبا خازم أخذ العلم عن بكر العَمّي، وليس أبا بكر العَمّي، وهو الصحيح فقد جاء في ترجمة بكر العَمّي أنه تفقه عليه القاضي أبو خازم، فلعل الأمر اشتبه على بعض مؤلفي كتب التراجم، ومنها حكاه قاضي خان.

أما بكر العَمّي: فهو بكر بن محمد العَمّي، القاضي، أخذ عن محمد بن سماعة عن الليث وأبي يوسف ومحمد، وأخذ عنه القاضي أبو بكر خازم أستاذ أبي طاهر الدباس، والعمي بفتح العين وتشديد الميم نسبة إلى العم، بطن من بني تميم، ذكره القرشي في الجواهر المضية. ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ٣٨١، «الطبقات السنية» برقم ٥٧٤، «الفوائد البهية» ص ٥٥، كتائب أعلام الأخيار برقم ١٣٥، طبقات الفقهاء لطاش كبري زاده ص ٤٦.

(٢) جاء في (ج) و (د): "أبا بكر القمّي"، وهو خطأ، والصحيح ماأثبت.

(٣) هو هلال بن يحى بن مسلم، الرأي، البصري، وما ذكره الشارح من لقبه: "الرازي" فهو غلط وتصحيف وقع في بعض الكتب، نصّ عليه القرشي في «الجواهر المضية»، وقيل له: "الرأي"

فأخرج الروايتين من النوادر، فوافق الشيخُ الشيخَ، والشابُّ الشابَّ.

لمحمد: أنه رهنه بدين نفسه، وبالحوالة انتقل منه الدين إلى المحتال عليه؛ لأنها تنبئ عن النقل، والشيء بعد الانتقال لا يبقى في مكانه الأول، ولهذا لو أبرأ المحيل عن الدين لا يصح. ولو رهن المحيل بما عليه رهنا، لا يصح، ولو بقي الدين يصح الرهن[1].

ولأبي يوسف أن الراهن رهن بدين على نفسه، وبالحوالة لم ينتقل عنه الدين، بل توجهت المطالبة على المحتال عليه، مع بقاء الدين في ذمة المحيل، كما في الكفالة، إلا أن في الكفالة لا تتأخر المطالبة عن الأصيل، وبالحوالة تتأخر عن المحيل؛ ولهذا لو أبرأ المحتالُ له المحتالَ عليه، فردّ المحتال عليه، لا يصح رده، كما لو أبرأ الكفيل فرد الكفيل. ولو كان الدين منتقلا إلى ذمة المحتال عليه، يصح رده بمنزلة الأصيل[2].

وكذا لو جاء المحيل بالدين، أجبر الطالب على القبول[3].

لسعة علمه وكثرة فهمه، كما لقّب "ربيعة الرأي"، أخذ الفقه عن أبي يوسف وزفر، وروى الحديث عن أبي عَوانة وابن مهدي، وأخذ عنه بكار بن قتيبة وعبد الله ابن قَحطبَة، وله مصنف في الشروط وأحكام الوقف تداوله العلماء، مات سنة ٢٤٥ هـ.

ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ١٧٧٩، «الطبقات السنية» برقم ٢٦٣٨، «الفوائد البهية» ص ٢٢٣، كتائب أعلام الأخيار برقم ١٠٧، طبقات الفقهاء للشيرازي ١٣٩، طبقات الفقهاء لطاش كبري زاده ص ٣٣، أخبار أبي حنيفة وأصحابه للصيمري ١٥٦، مفتاح السعادة ٢/ ٢٦١، ميزان الاعتدال ٤/ ٣١٧، «الأنساب» ٦/ ٦٠.

(١) شرح «فتح القدير» ٧/ ٢٢٣.

(٢) شرح «فتح القدير» ٧/ ٢٢٣، «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨.

(٣) شرح «فتح القدير» ٧/ ٢٢٣، «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨.

ولو برئت ذمة المحيل من كل وجه، كان المحيل متبرعا في الاداء[1]، لا يجبر الطالب على القبول، كما لو تبرع أجنبي آخر[2]. وإذا بقي الدين بقي الرهن لأنه عقد لاستيفاء الدين[3] فيبقى ما بقي الدين. وإنما لا يصح ابتداء الرهن بعد الحوالة؛ لأن بقاء الدين في ذمة المحيل، لم يثبت بدليل قطعي، بل بدليل محتمل، وهو الاجتهاد، فوقع الشك فيه، فلا يصح بالشك، ولا يبطل بالشك.

وإذا بطل الرهن بموت المحتال عليه مفلسا في هذه الرواية، فإن لم يأخذ صاحب الرهن رهنه، حتى هلك الرهن يهلك[4] بالدين ويبرأ المحيل عن الدين؛ لأن حكم هلاك الرهن حال قيام الدين وقوع الاستيفاء، وبعد ما مات المحتال عليه مفلسا، الدين قائم في نفسه لم يسقط، وإنما تحولت المطالبة إلى المحيل من حيث الظاهر[5]، فيهلك بالدين، ويصير مستوفيا دينه من المحتال عليه من وقت القبض.

ولهذا لو قضى الراهن دين المرتهن، ثم هلك الرهن عند المرتهن، يبطل ذلك القضاء، ويجب على المرتهن رد ما قبض.

وهو بخلاف ما إذا أبرأ المرتهن الراهن عن الدين، ثم هلك الرهن في يده قبل الرد،

---

(١) في (ج) و (د): "في الابتداء".

(٢) شرح «فتح القدير» ٧/ ٢٢٣، ٢٢٤، «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨.

(٣) الجوهرة النيّرة شرح القدوري ١/ ٢٩٢.

(٤) "يهلك": ساقط من (ج) و (د).

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٧.

فإنه يهلك أمانة استحسانا[1]؛ لأن الإبزاء أسقط الدين من كل وجه[2]، وحصل مقصود الراهن، وهو فراغ الذمة، فبطل ضمان الرهن، ولأن بطلان الرهن بموت المحتال عليه مفلسا في مسئلتنا، حكم اجتهادي، فلا يبطل ضمان الرهن ما لم يتأكد بالرد، أما بطلان الرهن في الإبراء، حكم اتفاقي، فيبطل الضمان قبل الرد.

ثم إذا هلك الرهن بالدين، قال: ينظر، إن كان الراهن مقطوعا في الرهن، لايرجع على غيره بشيء، وإن رهن بأمر المحتال عليه، أو استعار المحتال عليه عينا، فرهنه[3]، يتبع المحيل، فيؤخذ منه قيمة الرهن، ويدفع إلى صاحب الرهن؛ لأن صاحب الرهن قضى برهنه دين المحتال عليه بأمره، والمحتال عليه قضى دين المحيل بقبول الحوالة، فاستحق الرجوع على المحيل، وصار ما للمحتال عليه على المحيل، تركةً للمحتال عليه، فيكون ذلك بين غرماء المحتال عليه، وصاحب الرهن من غرمائه[4].

ولم يذكر في الكتاب من يرجع على المحيل فيأخذ منه، قال بعضهم: يأخذ صاحب الرهن[5] قصرا للمسافة، وقال بعضهم: لا يأخذ صاحب الرهن من المحيل؛ لأن المحيل غريم غريمه، وليس له أن يرجع على غريم غريمه، ولكن القاضي ينصب خصما ليرجع على المحيل، ويرجع إلى صاحب الرهن.

---

(١) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٥٩٧.

(٢) الجوهرة النيرة شرح القدوري ١/ ٤٠٨، و«ردّ المحتار على الدر المختار» ٥/ ٣٤٨.

(٣) الجوهرة النيرة شرح القدوري ١/ ٣٠٧، ٣٠٨.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٧.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٧.

ثم عاد إلى مسئلة أول الباب فقال: لو أن المحتال عليه أعطى لصاحب الدين كفيلا بالمال، ثم أخّر صاحب الدين الكفيل سنة، ثم مات المحتال عليه مفلسا، لا تبطل الحوالة، ولا يرجع المحتال له على المحيل[1]؛ لأن عود الدين إلى ذمة المحيل حكم التوى على المحتال عليه ولم يتو؛ لأن المال وإن تأخر عن الكفيل، فذمته قامت مقام ذمة المحتال عليه في أصل الدين، فلا تبطل الحوالة، إلا أن يتوى على الكفيل، بأن يموت مفلسا، فحينئذ تبطل الحوالة[2].

إنما وضع المسئلة على هذا الوجه؛ لأن الدين لو كان مؤجلا على الأصيل، كان على الكفيل كذلك[3]، فإنما ذكر التأجيل بعد الكفالة؛ ليثبت الأجل في حق الكفيل خاصة.

قال: ألا ترى أن صاحب الدين لو أبرأ المحتال عليه على أن يأخذ منه كفيلا بالمال إلى سنة، ثم مات المحتال عليه مفلسا، لا يرجع المال على المحيل[4] حتى يتوى ما على الكفيل لما قلنا والله أعلم.

(١) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٣.

(٢) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٤.

(٣) «المبسوط» ٢٠/ ٦٨.

(٤) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٣.

باب من قضاء الدين الذي يكون من المال كله أو من بعضه

بنى الباب على أن المملك إذا عين جهة التمليك عند التمليك أو بعده، إن كان التعيين مفيدا كان القول في ذلك قوله، لأن التمليك يستفاد من جهته فكان القول في ذلك قوله، إلا إذا لم يكن فيه فائدة؛ لأن ما لا يفيد لغو وعبث[1]، فلا يفيد. وما يؤدي إلى دور لا ينقطع، فهو من العبث.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل له على رجل ألف درهم من قرض أو غيره، فكفل رجل بنصف المال، وكفل رجل بالنصف الباقي، فأدى الأصيل خمسمائة، وقال: هذه الخمسمائة التي كفل بها فلان، فهو على ما قال[2]؛ لأن التمليك صدر من جهته، وله في التعيين فائدة، وهو إخراج ذلك الكفيل عن العهدة، وقطع رجوعه عن نفسه.

ألا ترى أنه لو رهن بكل خمسمائة رهنا على حدة، فأدى خمسمائة، وقال: "هذا من هذا الرهن"، كان القول قوله، وله أن يسترد ذلك الرهن؛ لأن المال وإن كان في الأصل

(١) أورد قاضي خان هذه القاعدة بوضوح أكثر في ص ٤٧٦، بأن: "ما لا يفيد من الكلام لا يعتبر، لأن الكلام وضع للإفادة، فما لا يفيد يكون لغوا"، وأصل هذه القاعدة ما جاء في المجلة: "إعمال الكلام أولى من إهماله" المادة ٦٠، و"إذا تعذر إعمال الكلام يهمل"، المادة ٦٢. انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٥٠. درر الحكام ١/ ٥٣-٥٤، وبدائع الصنائع ٦/ ٩٨.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٣.

واحدا، فقد تفرق بحكم الرهن، فكذا إذا تفرق بالكفالة.

وكذا لو كفل رجل بنصف المال لا غير، فأدى الأصيل خمسمائة، وقال أديت هذا عن الكفالة، قبل قوله[1].

وكذا لو كان الألف من ثمن بيع، فأخره البائع بنصفه، فكفل كفيل بالنصف الحال، وكفيل بالنصف المؤجل، فأدى الأصيل خمسمائة، ثم قال: "أديت هذا عن الحال أو عن المؤجل"، قبل قوله[2]؛ لأن الأجل حق المديون، يملك إسقاطه بالتعجيل.

وكذا لو كان المال مفرقا في الأصل، بأن كان أصل المال من قرضين، أو بيعين، وكفل بكل مال كفيل على حدة، فأدى الأصيل خمسمائة، ثم قال عند الأداء أو بعده: "أديت عن كفالة فلان"، كان القول قوله[3]؛ لأن في المال الواحد يقبل قوله؛ لما قلنا، فهنا أولى.

وكذا لو قال: أحد المالين إلى سنة، والآخر إلى سنتين[4].

فرق بين هذا، وبين ما لو كان على رجلين، ألف درهم من قرض أو بيع، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه، فأدى أحدهما خمسمائة، وقال: "هذا من الكفالة"، لا يقبل قوله في ذلك، ويكون مؤديا عن نفسه[5]، حتى لا يرجع بشيء على صاحبه؛ لأنا لو

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٣.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٣. كذا في المحيط.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٣.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٣.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٣، «فتح القدير» ٧/ ٢١٢.

قبلنا قوله، ويرجع على صاحبه، كان لصاحبه أن يقول: "أداؤك عني، كأدائي بنفسي، ولو كنت[1] أديت عنك بنفسي، كان لي أن أرجع عليك، فكذا إذا أديت عني ورجعت بذلك علي"[2].

هكذا يحتجّ كل واحد منهما على صاحبه، فيؤدي إلى الدور، فيبطل بيانه، وعند عدم البيان، تترجح جهة الأصالة، ويكون مؤديا عن نفسه، إلا إذا كان المؤدى أكثر من[3] النصف، فحينئذ يرجع بالزيادة على صاحبه[4]؛ لأنه ليس عليه بحكم الاصالة إلا خمسمائة.

فلو رجع المؤدي على صاحبه بالزيادة على النصف، لم يكن لصاحبه أن يرجع عليه بتلك الزيادة[5].

فرق بين هذه المسألة وبين مسئلتين ذكرهما في المبسوط:

إحداهما: رجل له على رجل ألف درهم، كفل بها رجلان على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه، فأدى أحدهما شيئا، كان المؤدى عنهما جميعا، حتى يرجع على صاحبه بنصف ما أدى[6].

---

(١) "كنت" ساقط من(ج) و (د).

(٢) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٣٦.

(٣) "من" ساقط من (ج) و (د).

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٣، كذا في الكافي، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٢.

(٥) «فتح القدير» ٧/ ٢١٢ - ٢١٣.

(٦) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٥. و«فتح القدير» ٧/ ٢١٤.

والفرق أن في تلك المسألة المال واجب على كل واحد منهما بجهة الكفالة عن الأصيل، لا بجهة الأصالة، وهما في الكفالة عن الأصيل سواء، فما أدى أحدهما، يكون نصفه عن نفسه، ونصفه عن صاحبه تحقيقا للاستواء[1]. أما في مسئلتنا كل المال واجب على كل واحد منهما، نصفه بحكم الأصالة، ونصفه بحكم الكفالة، ولا معارضة بين جهة الأصالة والكفالة؛ لأن الواجب بحكم الأصالة دين من كل وجه، لا يقضيه غيره من حيث الظاهر، وما هو واجب عليه بحكم الكفالة، يقضيه الأصيل من حيث الظاهر، فتترجح جهة الأصالة[2].

والمسئلة الثانية: رجل كاتب عبدين له، كتابة واحدة، على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه، فأدى أحدهما شيئا من بدل الكتابة، يرجع على صاحبه بنصف ما أدى[3].

والفرق أن في الكتابة لا يجتمع الإصالة والكفالة في واحد لأن الكفالة بدل الكتابة وكفالة المكاتب[4] لا تصح، بل طريق الوجوب عليهما في ذلك، يجعل المال على أحدهما، وعتق الآخر معلق بأدائه، وكل واحد منهما في ذلك على السواء، فكان المال واجبا على كل واحد بعقد الكتابة[5]، فكان له أن يطالب بالبدل أيهما شاء.

---

(١) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٣٧، وشرح «فتح القدير» ٧/ ٢١٥.

(٢) شرح «فتح القدير» ٧/ ٢١٣.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥، شرح «فتح القدير» ٧/ ٢١٥.

(٤) قوله: " لا يجتمع الإصالة إلى وكفالة المكاتب" ساقط من (ج) و (د).

(٥) «ردّ المحتار» ٥/ ٢٨٥.

وإذا أدى أحدهما شيئا، يرجع على صاحبه بنصف ما أدى، تحقيقا للاستواء[1].

ثم فرع على مسألة الباب فقال: لو أن البائع أخّر أحد المشتريين سنة بما عليه خاصة، دون صاحبه، فأدى هذا المشترى بعد التأخير خمسمائة، وقال من جهة الكفالة، فهو على ما قال[2]؛ لأن ما عليه بجهة الأصالة مؤجّل، فلو جعل المؤدى عن الكفالة، لم يكن لصاحبه أن يجعل عنه ويرجع عليه؛ لأن ما عليه مؤجل، والكفيل بالمال المؤجل، إذا عجّل قبل حلول الأجل، لا يرجع على الأصيل قبل حلول الأجل[3]، فلا يؤدى إلى الدور، فإن لم يؤد هذا المشترى شيئا حتى حل الأجل، ثم أدى خمسمائة، كان ذلك مما عليه خاصة؛ لأنه لما أدى بعد حلول الأجل، لو جعل المؤدى عن صاحبه، كان لصاحبه أن يجعل ذلك عنه، فيؤدي إلى الدور[4].

ولو وقع البيع على[5] أحدهما بعينه إلى سنة، والكفالة حالّة، فأدى قبل حلول الأجل كان ذلك فيما أدى، ويقبل قوله في ذلك[6]؛ لأنه لا يؤدي إلى الدور.

وإن أدى بعد حلول الأجل يكون مؤديا عن نفسه، حتى يؤدي زيادة على

---

(١) شرح «فتح القدير» ٧/ ٢١٥.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٣.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٧٩.

(٤) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٣٦، كذا في الكفاية.

(٥) في (ج) و (د) "بأحدهما".

(٦) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٣٦.

خمسمائة، فحينئذ تكون الزيادة عن الكفالة[1].

ولواشتريا شيئا بألف، وكفل أحدهما عن صاحبه، ولم يكفل الآخر عنه، فأدى الكفيل شيئا، أو قال: "هذا من الكفالة"، قبل قوله[2]؛ لأنه لو جعل عن صاحبه، وصاحبه ليس بكفيل عنه، لا يكون لصاحبه أن يجعل عنه، فلا يؤدي إلى الدور.

وذكر ابن سماعة عن محمد: رجل له على آخر ألفا درهم، فكفل عنه رجل بألف درهم، ثم إن الطالب أحال رجلا على المطلوب بألف كانت للمحتال له على الطالب، فأدى المطلوب ألفا إلى المحتال له، وقال: "أديتها عن الألف التي كفل بها فلان"، وقال الطالب: بل هي من الألف التي لا كفالة بها، كان القول قول الطالب، ولو كان المطلوب هو الذي أحال الطالب بألف على غريم له عليه ألف درهم، فقبضها ثم قال الطالب: هي من الألف التي لا كفالة بها، وقال المطلوب: هي المكفول بها، كان القول قول المطلوب.

جعل القول قول المحيل في المسئلتين جميعا، أما في المسئلة الثانية لا يشكل؛ لأن أداء المحتال عليه كأدائه بنفسه، فيكون القول قوله في ذلك. وأما في المسئلة الأولى؛ فلأن قبض المحتال له إنما يقع قبضا، إذا حصل بأمر المحيل، فكان القول قول الآمر فيما أمره به، بمنزلة الموكل يكون القول قوله فيما وكل، بخلاف ما لو قضى المحيل بنفسه.

وذكر ابن سماعة في النوادر: رجل عليه ألف درهم من كفالة، وألف من ثمن بيع، فجاء بالألف، وقال: أأديها من الكفالة، وقال الطالب: لا آخذ هذه إلا من جميع مالي عليك، فإن للطالب أن يجعله من المالين، ويرجع بما بقي على المكفول عنه؛ لأن له حق

---

(١) شرح «فتح القدير» ٧/ ٢١٢.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٣.

المطالبة بالمالين، فكان له أن يقبض عنهما.

وإن قبض الألف، ولم يقل شيئا، فللمطلوب أن يجعل الأداء من أي المالين شاء؛ لأن التخصيص مفيد، ويعتبر قوله في ذلك والله أعلم.

باب فيما يرجع المحتال عليه و فيما لا يرجع وفيما يبطل عن المحتال عليه وفيما لا يبطل

الأصل فيه: أن الحوالة نوعان: مقيدة، ومطلقة.

فالمقيّدة: أن يقيدها بدين له على المحتال عليه، أو بعين (أو دراهم)[1] له في يده بغصب، أو وديعة، أو نحو ذلك[2].

والمطلقة: أن يرسل الحوالة إرسالا، ولا يقيدها بدين أو غيره، أو يحيله على على رجل ليس له عليه دين، ولا في يديه عين، وكلاهما جائزة[3]؛ لقوله عليه السلام: «مَن أحِيلَ على مَلِيء، فَلْيَتْبَع»[4]، والأمر بالاتباع دليل الجواز.

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٩، و «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٢٧، «فتح القدير» ٧/ ٢٣٠.

(٣) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦، و«مجلة الأحكام العدلية» ص ١٢٧، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٧، و«فتح القدير» ٧/ ٢٣٠.

(٤) ما ذكره الشارح من نص الحديث، رواه الطبراني في الأوسط، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «مطل الغني ظلم، ومَن أحِيلَ على مَلِيء، فَلْيَتْبَع»، انظر نصب الراية ٤/ ٥٩، ٦٠. وذكره الهيثمي من حديث ابن عمر، وقال: رواه البزار، ورجاله رجال الصحيح، وآخره: "فليحتل" بدل "فليتبع". مجمع الزوائد ٤/ ١٣١. ورواه احمد وابن أبي

ولأن الحوالة المقيدة تتضمن أمورا كلها جائزة عند الانفراد، وهو تبرع المحتال عليه بذمته لالتزام دين المحيل[1]، وتوكيل المحيل للمحتال له بقبض الدين أو العين من المحتال عليه[2]، وأمر المحيل المحتال عليه بتسليم ما عنده إلى المحتال له[3]، فكذا عند الاجتماع.

والحوالة المطلقة تتضمن أمرا جائزا وهو التبرع بالذمة لإلتزام دين المحيل، وحكم الحوالة براءة المحيل عن الدين[4].

وإذا بطلت الحوالة المطلقة بما ذكرنا من الأسباب[5]، والمقيدة بفوات ما قيدت به، يعود الدين إلى ذمة المحيل[6].

شيبة بلفظ: «ومن أحيل على مليء فليحتل» مسند أحمد ٢/ ٢٦٠، ٣٧٩، ٣٨٠، ٤٦٥، مصنف ابن أبي شيبة ٧/ ٧٩، والحديث معروف في الباب هو ما رواه الكتب الستة من حديث أبي هريرة: «مطل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع»، أخرجه البخاري في كتاب الحوالة الحديث: ٢٢٨٧، ومسلم في المساقاة، الحديث: ١٥٦٤، وأبو داود الحديث: ٣٣٤٥، والترمذي الحديث: ١٣٠٨، وابن ماجه الحديث: ٢٤٠٣، والنسائي الحديث: ٤٧٠٥، كلهم من حديث أبي هريرة.

(١) «الهداية» ٣/ ١٢٩، و«ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٦.

(٢) «فتح القدير» ٧/ ٢٢٩، ولأن لفظ الحوالة تستعمل في الوكالة.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٢.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٦.

(٥) «الهداية» ٣/ ١٣٠، و«ردّ المحتار» ٥/ ٢٤٥.

(٦) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠ -١٣١.

وقال زفر والقاسم بن معن[1]: الحوالة لا توجب براءة المحيل[2]، والمسئلة معروفة.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

رجل له على رجل ألف درهم، وللمديون على رجل آخر ألف درهم، فأحال المديون صاحب دينه على غريمه بالدين الذي له عليه على أن يعطيه ما عليه، جازت الحوالة، وهذه حوالة مقيدة، وليس للمحيل أن يأخذ دينه من المحتال عليه[3]؛ لأن المحتال عليه لم يقبل الحوالة إلا بشرط تملك ما في ذمته، فإن لم يأخذ المحتال له شيئا، حتى مات المحيل، وعليه ديون كثيرة، ولم يدع مالا غير ذلك الدين، فإنه يؤخذ دينه من المحتال عليه، ويكون بين غرماء المحيل بالحصص، المحتال له أحدهم[4].

والقياس أن يختص المحتال له بذلك، - وهو قول زفر - لوجهين:

أحدهما: أن دين غرماء المحيل يتعلق بمال المحيل، وقد صار المحيل بمنزلة الأجنبي عن هذا الأجنبي[5]، وكان المحتال له أحق بهذا المال من المحيل في حياته، حتى لا يكون

---

(١) هو قاسم بن مَعن بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود. تقدم ترجمته في ص ٣٢٣.

(٢) انظر: «المبسوط» ٢٠/ ٧٨، «فتح القدير» ٧/ ٢٢٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٧، «الاختيار لتعليل المختار» ٣/ ٤.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٩، و«المبسوط» ٢٠/ ٧٠ - ٧١.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٧، و«المبسوط» ٢٠/ ٧١.

(٥) في (ج) و (د): "هذا المال".

للمحيل أن يأخذه، فيكون أحق به من غرمائه بعد وفاته[1].

ولأن المحتال له كان أسبق تعلقا بهذا المال؛ لأن حقه تعلق به في صحته، وحق الغرماء لم يتعلق في صحته، فيقدم المحتال له، كما يقدم المرتهن على غيره[2]، وغريم الصحة على غريم المرض.

ولنا: أن هذا المال للمحيل لم يثبت لغيره عليه يد الاستيفاء، فيكون مقسوما بين الغرماء[3].

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه ما ملكه من المحتال له؛ لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين باطل، ؛ لكن بالحوالة وجب للمحتال له دين في ذمة المحتال عليه[4]، مع بقاء دين المحيل لو ملك ما في ذمته للمحتال له بالأداء، أو بالهبة ونحوها، يملك ما في ذمته للمحتال[5]؛ لا يؤدي إلا أحدهما؛ ولهذا لو توى ما على المحتال عليه، يهلك على المحيل ولم يثبت عليه أيضا يد الاستيفاء؛ لأن ثبوت اليد على ما ذمة الغير لا يتصور.

وإنما لم يكن للمحيل أن يأخذ ذلك الدين؛ لما قلنا أن المحتال عليه لم يقبل الحوالة إلا ليتملك ما في ذمته، فلو أخذ المحيل دينه، يفوت الرضى، فتبطل الحوالة[6]، بخلاف

---

(١) شرح «فتح القدير» ٧/ ٢٣٠.

(٢) شرح «فتح القدير» ٧/ ٢٣٠.

(٣) «ردّ المحتار» ٥/٣٤٧.

(٤) شرح «فتح القدير» ٧/ ٢٣٨.

(٥) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٨.

(٦) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٧.

الرهن؛ لأنه ثبت عليه يد الاستيفاء للمرتهن، ولهذا لو هلك يهلك على المرتهن، فكان هو أحق به من غيره؛ فلهذا يؤخذ دين المحيل بعد موته، ويقسم بين الغرماء بالحصص، المحتال له أحدهم[1].

وكان ينبغي أن لا يكون للمحتال له حق المزاحمة؛ لأن دينه تحوّل إلى ذمة المحتال عليه، فلا يزاحم غرماء المحيل.

وإنما أثبتنا له حق المزاحمة، لأن الحوالة كانت مقيدة بذلك المال، فإذا أخذ ذلك من المحتال عليه، فات الرضى بالحوالة، فتبطل الحوالة[2]، فيعود الدين إلى ذمة المحيل على ما كان قبل الحوالة، فيشارك الغرماء.

وإذا قسم ذلك بين الغرماء والمحتال له، لا يرجع ببقية دينه على المحتال عليه[3]؛ لأن الحوالة كانت مقيدة بذلك المال، وقد بطلت بأحدهما والتحقت بالعدم[4].

وإن ترضح هذا بمسئلة الوديعة، وهي مسئلة مبتدأة فقال: ألا ترى أنه لو قيد الحوالة بألف كانت وديعة، أو غصبا له عند المحتال عليه، يجوز، ولا يكون للمحيل أن يأخذ ذلك من المحتال عليه[5]؛ لما قلنا في الدين من تعلق حق المحتال عليه به[6]؛ ولهذا كان للمحتال

(١) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٧.

(٢) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٨.

(٣) «فتح القدير» ٧/ ٢٣٠.

(٤) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٧ - ٣٤٨.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٩.

(٦) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٨.

عليه أن يمسك ذلك الألف، ويدفع مكانها أخرى.

فإن مات المحيل يؤخذ ذلك المال من المحتال عليه، ويقسم بين غرماء المحيل بالحصص[1]؛ لما قلنا.

وإذا قسمت لم يكن للمحتال له أن يرجع ببقية دينه على المحتال عليه؛ لما قلنا[2]، ألا ترى أنها لو هلكت في يد المحتال عليه، تبطل الحوالة[3]. وكذا لو قال المحتال عليه: "ضاعت الوديعة عندي"، وحلف، يقبل قوله؛ لأنه أمين وتبطل الحوالة، وكذا إذا استحقت من يده، وكذلك الغصب[4]، إلا أن في الغصب إذا هلك المغصوب عند المحتال عليه، لا تبطل الحوالة؛ لأنها تهلك إلى بدل وهو الضمان؛ لكونها مضمونة فتبقى الحوالة ببقاء البدل[5].

أما الوديعة غير مضمونة، فإذا هلكت لا إلى خلف، تبطل الحوالة ضرورة[6]، ولو لم تهلك الوديعة والغصب، وأراد المحيل أخذها، لا يملك؛ لما قلنا، فإن دفعها إلى المحيل ضمن لأنه تعلق بها حق المحتال له، فيضمن بالدفع إليه[7].

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

(٢) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٧.

(٣) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٨.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٩.

(٥) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣١، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٧.

(٦) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٧.

(٧) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠.

ولو أحال على مديونه، أو على مودعه حوالة مطلقة، كان للمحيل أن يأخذ دينه ووديعته؛ لأنها ملكه، وإنما لم يأخذ في الحوالة المقيدة[1]؛ لأن المحتال عليه والمحتال له لم يرضيا بالحوالة إلا بهذا الشرط.

فإن قيل ينبغي أن لا يأخذ المحيل دينه ووديعته من المحتال عليه؛ لأن الحوالة أوجبت دينا على المحتال عليه[2]، ألا ترى أنه لو لم يكن على المحتال عليه دين، كان للمحتال عليه أن يرجع على المحيل[3]، فإذا وجب للمحتال عليه على المحيل مثل ما كان عليه، يصير قصاصا[4].

قلنا: عنه جوابان:

أحدهما: أنه[5] لا يجب الدين للمحتال عليه بنفس الحوالة، وإنما يجب إذا ملك ما في ذمته؛ ولهذا لو أبرأ المحتال له المحتال عليه، لا يرجع المحتال عليه على المحيل[6].

الثاني: أن الدين إن وجب بنفس الحوالة إلا أنه مؤجل إلى وقت الأداء، لا يطالبه في الحال، ودين المحيل على المحتال عليه حال[7]، فلا تقع المقاصة.

---

(١) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٧.

(٢) «فتح القدير» ٧/ ٢٢٢.

(٣) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٩.

(٤) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠، مادة ٦٩١.

(٥) "أنه" ساقط من (ج) و (د).

(٦) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٨، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٨.

(٧) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠، مادة ٦٩١.

فإن أخذ المحيل ماله على المحتال عليه، ثم استوفى المحتال دينه من المحتال عليه، كان للمحتال عليه أن يرجع على المحيل بدينه[1]؛ لأنه قضى دينه بأمره فيرجع، كما لو قبل الحوالة، ولم يكن عليه دين للمحيل[2]، وإن لم يقبض واحد منهما حقه حتى مات المحيل وعليه ديون، يؤخذ حق المحيل من المحتال عليه، ويقسم بين غرماء المحيل، لا حق للمحتال له في ذلك[3]؛ لأن الحوالة كانت مقيدة حتى تبطل بأخذ المال من المحتال عليه[4]، فيصير المحتال له من غرماء المحيل[5]، بل كانت مطلقة، وقد برئت ذمة المحيل عن دين المحتال له، فلا يزاحم المحتال له غرماء المحيل.

لكن القاضي يستوثق من كل واحد من الغرماء بكفيل ثقة[6]؛ لأن للغرماء مزاحما في هذا المال، فإن المحتال عليه لو أدى حق المحتال له، يستوجب الرجوع في تركة المحيل[7]؛ لأن السبب كان في حياته وصحته وهو قبول الحوالة، كمن كفل في صحته لرجل بما ذاب له على فلان، ثم مرض وعليه ديون الصحة، ثم ذاب للمكفول له على فلان

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٩.

(٢) «فتح القدير» ٧/ ٣٢٤، و«مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠.

(٣) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠.

(٤) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠.

(٥) «فتح القدير» ٧/ ٢٢٨، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

(٦) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٧.

(٧) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٨.

دين، كان للمكفول له مشاركة غرماء الكفيل[1].

وكذا لو كفل بالدرك[2]، ثم لحقه الدرك في المرض، وكذا لو استحق المبيع من يد المشتري بعد موت البائع، فإن المشتري يشارك غرماء البائع؛ لوجود السبب في الصحة[3].

ولو مات المحتال عليه مفلسا، وتوى ما عليه، كان للمحتال له أن يشارك غرماء المحيل فيما أخذوا من ماله[4]؛ لعود دينه، فإذا تيقن القاضي بوجود المزاحم يأخذ منهم كفيلا احتياطا ونظرا للمستحق حتى إذا ظهر المزاحم، يمكنه التدارك[5].

قيل: هذا قول أبي يوسف ومحمد، أما على قول أبي حنيفة لا يأخذ منهم كفيلا[6]؛ قياسا على مسألة ذكرها في المبسوط والجامع الصغير إذا ادعى ميراثا وإقام البينة ولم يقل[7] الشهود أنهم لا يعلمون له وارثا آخر، ولم يذكروا عدد الورثة، عندهما يأخذ منه كفيلا ويدفع المال إليه، وعند أبي حنيفة لا يأخذ، وقيل: هذا قول الكل.

وفرقوا لأبي حنيفة بين هذا وبين مسئلة الميراث، فقالوا: في مسئلة الميراث القاضي

---

(١) «المبسوط» ٢٠/١٢٨.

(٢) الكفالة بالدرك: هي الكفالة بأداء ثمن المبيع وتسليمه، أو بنفس البائع، إن استحق المبيع. انظر المادة: ٦١٦ من «مجلة الأحكام العدلية».

(٣) «المبسوط» ٢٠/١٢٨.

(٤) «فتح القدير» ٧/ ٢٣١.

(٥) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٧.

(٦) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٧.

(٧) من قوله: "ذكرها في الجامع" إلى قوله: "ولم يقل" ساقط من (ج) و (د).

لم يتيقن بوجود المزاحم، بل ذاك موهوم، وهنا تيقن بالمزاحم، إلا أنه مجهول جهالة يسيرة، أما هذا أو ذاك والجهالة اليسيرة تتحمل في الكفالة[1].

فإن قيل: إذا علم القاضي بالمزاحم، ينبغي أن يعزل نصيب المزاحم، ويقسم الباقي بين الغرماء، كرجل مات وعليه ديون، وأحد الغرماء غائب، فعلم القاضي بذلك، فإنه يعزل نصيب الغائب، ويقسم الباقي.

قلنا: ثمة المستحق معلوم عند القاضي، فكان للقاضي أن ينصب عنه خصما، فيعزل نصيبه، أما هنا قيام حق الغير معلوم، والمستحق مجهول جهالة يسيرة، فأثبتنا حكما بينهما، وقلنا بأنه لا يعزل النصيب لمكان الجهالة، ولأجل أن الجهالة يسيرة يستوثق بأخذ الكفيل[2].

الفصل الثاني:

لو كانت الحوالة بألف كانت للمحيل على المحتال عليه، ثم إن المحتال له[3] أبرأ المحيل عليه[4]، برئ المحيل والمحتال عليه، المحيل بالحوالة، والمحتال عليه بالإبراء، ويرجع المحيل بدينه على المحتال عليه[5]؛ لأن الدين كان قائما، والمانع من الرجوع تعلق

---

(١) الجوهرة النيرة شرح القدوري ١/ ٤٠٣.

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ٦، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٥٨.

(٣) في (ج) و (د): "المحتال عليه".

(٤) قوله: "أبرأ المحيل عليه" ساقط من (ج) و (د).

(٥) شرح «فتح القدير» ٧/ ٢٣٠، و«فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٤، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٩، والجوهرة النيرة شرح القدوري ١/ ٤٠٨.

حق المحتال له بذلك، وقد زال فيرجع، كما لو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين، كان للراهن أن يأخذ رهنه[1].

ولو وهب المحتال له مال الحوالة للمحتال عليه، جازت الهبة، ولا يكون للمحيل أن يرجع بدينه على المحتال عليه[2].

فرق بين الإبراء وبين الهبة، ووجه الفرق: أن الهبة تمليك لو أضيفت إلى العين تفيد ملك العين[3]، فإذا أضيفت إلى الدين، والدين مال، يحتمل التمليك[4]، فإنه يصلح صداقا ونصابا بالزكاة، ويجري فيه الإرث والوصية ونحو ذلك[5]، ملك المحتال عليه ما في ذمته، وقام في ذلك مقام المحيل.

ألا ترى أنه لو لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين، أو كانت الحوالة مطلقة، ووهب المحتال له المال للمحتال عليه، كان للمحتال عليه أن يرجع على المحيل بدين الحوالة، فإذا كان عليه دين للمحيل، لو رجع المحيل بدينه على المحتال، كان للمحتال عليه أن يرجع على المحيل، فإذا لم يكن فيه فائدة، وقعت المقاصة[6]، أما الإبراء إسقاط

---

(١) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٠.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٩.

(٣) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٦١.

(٤) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٦٣.

(٥) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٦٣.

(٦) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٩، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٨.

مخض، ليس فيه معنى التمليك[1]؛ ولهذا لو أضيف إلى العين، لا يكون تمليكا للعين، فكذا لو أضيف إلى الدين، والساقط يتلاشى، فلو رجع المحيل بدينه على المحتال عليه، لم يكن للمحتال عليه أن يرجع على المحيل بشيء؛ لأنه لا دين له في ذمته، فيرجع على المحيل بدينه[2].

ألا ترى أنه لو لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين، إذا كانت الحوالة مطلقة، فأبرأ المحتال له المحتال عليه، لا يرجع المحتال عليه بشيء على المحيل[3]، ويرجع في الهبة والميراث، ألا ترى أنه لو كان مكان الحوالة كفالة بأمر الأصيل، فأبرأ الكفيل، لا يرجع الكفيل على الأصيل، ويرجع الطالب على الأصيل[4].

ولو وهب الكفيل، أو مات الطالب، وورثه الكفيل، رجع الكفيل على الأصيل؛ لأنه ملك ما في ذمته فيرجع[5]، كما لو ملك بالأداء، وكذا لو أوصى له به.

---

(١) اختلفت الفقهاء في حقيقة الإبراء، هل هو إسقاط للحق عمن هو عليه، أو هو تمليك له؟ واختار الإمام قاضي خان أن الإبراء إسقاط، وقد صرّح به في كتاب البيوع أيضا، ص ٩٦٢، والصحيح أن الإبراء إسقاط في بعض الحقوق وتمليك في بعضها الآخر. راجع للتفصيل «الأشباه والنظائر» لابن نجيم ص ٣١٤، ٣١٥، «الأشباه والنظائر» للسيوطي ص١٧١ . «مجلة الأحكام العدلية» المادة ١٥٣٦، ص ٢٩٨.

(٢) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٨، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٧٧.

(٣) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٥، و«ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٨.

(٤) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨.

(٥) الجوهرة النيّرة شرح القدوري ١/ ٤٠٤، و«فتح القدير» ٧/ ١٥٤.

والكفالة والحوالة سواء إلا في خصلة واحدة، وهو أنه لو أبرأ الكفيل، لا يبرأ الأصيل، سواء كانت الكفالة مطلقة، أو مقيدة بالمال الذي كان للأصيل على الكفيل[1]، وفي الحوالة يبرأ المحيل[2]؛ لأن الكفالة التزام للمطالبة بما على الأصيل، فكان إبراء الكفيل اسقاطا للمطالبة عن الكفيل، فبقي المال على الأصيل[3]، كما كان.

أما الحوالة نقل الدين إلى ذمة المحتال عليه[4]، فكان براء المحتال عليه إسقاطا لأصل الدين، فيبرأ المحيل بالحوالة، والمحتال عليه بالإبراء[5].

قال[6] رجل له على رجل ألف درهم، فاحتال بها الطالب على رجل آخر على أن أبرأ الأصيل بغير أمر الأصيل جاز؛ لأنه تبرع بالتزام الدين في الذمة[7]، وليس فيه إلحاق الضرر بالمطلوب، ولا إدخال الشيء في ملكه، فيصح، كما لو تبرع عنه بقضاء الدين، أو بقضاء دين الميت أو تبرع بالكفالة[8]، فإن مات المحتال له، فورثه المحتال عليه، أو وهب

(١) الجوهرة النيّرة ١/ ٤٠٥، و«مجلة الأحكام العدلية» ص ١٢٤.

(٢) الجوهرة النيّرة ١/ ٤٠٨، و«مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٨.

(٣) «فتح القدير» ٧/ ١٥٤.

(٤) الجوهرة النيرة شرح القدوري ١/ ٤٠٧.

(٥) الجوهرة النيرة شرح القدوري ١/ ٤٠٨، و«فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٤، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٨.

(٦) "قال" ساقط من (ج) و (د).

(٧) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٧، و«فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٥.

(٨) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨.

المال للمحتال عليه، لا يرجع على الأصيل[1]؛ لأن المحتال عليه لو ملك ما في ذمته بالأداء، لا يرجع على الأصيل؛ لانعدام سبب الرجوع، وهو الأمر[2]، وكذا إذا ملك ما في ذمته بميراث، أو هبة.

وإن مات المحتال له، وورثه الأصيل، كان للأصيل أن يرجع بالمال على المحتال عليه، لأن الوارث يقوم مقام المورث فيما يكون للميت، وقد كان للمحتال له حق مطالبة المحتال عليه بالمال، فثبت ذلك لوارثه[3].

فرق بين هذا وبين ما إذا كانت الحوالة بأمر الأصيل، فمات المحتال له، وورثه الأصيل، . ئ المحتال عليه؛ لأن الحوالة إذا كانت بأمر الأصيل ومات المحتال له، وورثه الأصيل، لو رجع الأصيل على المحتال عليه، كان للمحتال عليه أن يرجع على المحيل[4]؛ لأن الأداء إلى الوارث يكون بمنزلة الأداء إلى المورث[5].

ولو أدى المحتال عليه المال إلى المحتال له، والحوالة تكون بأمر الأصيل، رجع المحتال عليه بذلك على الأصيل، فكذا إذا أدى [إلى][6] وارثه، فلا يفيد.

أما إذا كانت الحوالة بغير أمر الأصيل، لو أدى المحتال عليه المال إلى المحتال، لا

---

(١) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٥.

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨.

(٣) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٥.

(٤) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٩، و«فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٥.

(٥) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٥.

(٦) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

يرجع بذلك على الأصيل[1]؛ لما قلنا، فكذا إذا أدى إلى وارثه، فيفيد رجوع الأصيل على المحتال، فيرجع الأصيل على المحتال عليه؛ لوجود سبب الرجوع، وهو ملك ما في ذمة المحتال عليه[2].

ولو كان مكان الحوالة كفالة بغير أمر الأصيل، جاز، وكان له أن يأخذ أيهما شاء[3].

فإن وهب الطالب المال للكفيل، أو للأصيل، أو مات الطالب وورثه الكفيل أو الأصيل، لا يرجع أحدهما على صاحبه بشيء[4]، أما إذا ورثه الكفيل، أو وهب المال للكفيل؛ لأن الكفيل ملك ما في ذمته بالهبة، أو بالميراث[5].

ولو ملك ما في ذمته بالأداء، لا يرجع على الأصيل[6]، وبرئ الأصيل، فكذلك إذا ملك ما في ذمته بسبب آخر، بخلاف ما إذا كانت الكفالة بأمر الأصيل فملك الكفيل ما في ذمته بالهبة، أو بالميراث، يرجع على الأصيل؛ لأنه لو ملك بالأداء، يرجع[7]، فكذا إذا ملك بسبب آخر.

(١) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٩.

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٩.

(٣) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٨.

(٤) الجوهرة النيرة شرح القدوري ١/ ٤٠٤.

(٥) «فتح القدير» ٧/ ١٩٤.

(٦) الجوهرة النيّرة شرح القدوري ١/ ٤٠٤.

(٧) «فتح القدير» ٧/ ١٧٨، و«فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٠.

وأما إذا مات الطالب، وورثه الأصيل، أو وهب المال له، برءا جميعا، ولا يرجع الأصيل على الكفيل؛ لأن الأصيل ملك ما في ذمته بالميراث، أو بالهبة، فيبرأ[1]، وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل[2]، فلا يرجع[3]، وفي الحوالة بغير أمره يرجع؛ لأن ذمة الأصيل برئت بالحوالة، فإذا مات الطالب، وورثه الأصيل، لم يملك الأصيل شيئا في ذمة نفسه، وإنما ملك ما في ذمة المحتال عليه، فيرجع بذلك على المحتال عليه[4].

مكاتب أحال مولاه على رجل بمكاتبته، إن لم يكن للمكاتب عليه دين، ولا في يده عين، لا تصح الحوالة[5]؛ لأن الحوالة نقل الدين إلى ذمة المحتال عليه[6]، فكان الواجب على المحتال عليه عين ما كان واجبا على المحيل حكما.

ولهذا لو أحال ببدل الصرف، ورأس مال السلم على رجل، وافترقا قبل القبض من المحتال عليه، يبطل العقد[7]، ولا يصح الاستبدال به مع المحتال عليه، كما لا يصح مع المحيل، وبدل الكتابة ليس بلازم على المكاتب، بل هو سبيل من إسقاطه بالعجز[8]،

---

(١) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٠.

(٢) «فتح القدير» ٧/ ١٨١.

(٣) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٤.

(٤) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٥.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

(٦) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٢٧.

(٧) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٣، و«فتح القدير» ٧/ ٢٢٨.

(٨) «بدائع الصنائع» ٦/ ٨.

فلو صحت الحوالة ببدل الكتابة، ولزم المحتال عليه، يكون الواجب على المحتال عليه غير ما كان واجبا على المحيل، وذلك باطل، لهذا المعنى لا تصح الكفالة ببدل الكتابة[١]، فكذلك الحوالة، ولأن الكفالة والحوالة شرعت للتوثق[٢]، فلا تليق بمال لا يحتم على الأصيل.

وإن أحاله المكاتب على رجل عليه دين للمحيل، أو عين في يده، فإن أطلق الحوالة ولم يقيدها بذلك المال فكذلك؛ لما قلنا في الوجه الأول، وإن قيد الحوالة بذلك المال، جازت الحوالة، ويكون توكيلا لمولاه بقبض المال من المحتال عليه وأمراً للمحتال عليه[٣] بتسليم المال إلى المولى؛ ليأخذ قضاء عن حقه[٤]، ويكون معنى الضمان فيه تبعا، والحوالة تذكر في التوكيل.

ذكر محمد في «كتاب المضاربة»[٥]:

إذا صار مال المضاربة دينا على الناس، وليس في المال ربح، وامتنع المضارب عن التقاضي، يقال للمضارب: "أحل رب المال على الغرماء" أي وكله[٦]، وإذا جازت

(١) «فتح القدير» ٧/ ٢١٩، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٦.

(٢) «فتح القدير» ٧/ ٢٢٤، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٨.

(٣) "وأمرا للمحتال عليه" ساقط من (ج) و (د).

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠١.

(٥) أي المضاربة من «كتاب الأصل».

(٦) قال العلامة اللكنوي: لأن الحوالة تستعمل في موضع الوكالة بمعنى النقل، وإنما أمر بالتوكيل لأن العهدة على العاقد، والأمر ليس بعاقد، فأمر بالتوكيل ليصلح مطالبة رب المال وكذلك على

الحوالة المقيدة من المكاتب، برئ المكاتب وعتق.

ولا يقال: إذا كانت الحوالة توكيلا للمولى بقبض المال من المحتال عليه، وجب أن لا يبرأ المكاتب، كما لو صرح بالتوكيل.

قلنا: اللفظة لفظة الحوالة، والمعنى معنى التوكيل[1]، فحكم بجوازها باعتبار المعنى، ووقعت البراءة بحكم اللفظ، وبراءة المكاتب عن البدل توجب العتق[2]، فيعتق، كما لو أبرأه صريحا.

فإن هلكت الوديعة التي تقيدت بها الحوالة، أو مات المحتال عليه مفلسا، وتوى ما عليه من الدين والغصب، تبطل الحوالة، ويعود البدل إلى ذمة المكاتب، يرجع المولى بالمكاتبة على ما تقدم، ولا يبطل العتق[3]؛ لأن العتق بعد وقوعه لايحتمل الانتقاض.

هذا كما لو أدى بدل الكتابة فاستحق المؤدى، أو رد بعيب الزيافة، فإنه ينتقض الاستيفاء[4]، ولا ينتقض العتق، كذلك هنا.

ولو كان المولى هو الذي أحال غريما من غرمائه على المكاتب، إن أطلق الحوالة ولم

هذا كل توكيل بالبيع. «النافع الكبير» شرح الجامع الصغير ص٤٢١. طبع إدارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي.

(١) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٦.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠١.

(٤) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٨.

يقيدها ببدل الكتابة، لا تصح[1]؛ لأن قبول الحوالة المطلقة تبرع، والمكاتب ليس من أهل التبرع، فلا تصح كما لا تصح كفالته.

وإن قيد الحوالة ببدل الكتابة صحت، كأنه وكل المحتال بقبض البدل من المكاتب، وأمر المكاتب بدفع البدل إليه، ليأخذ المحتال قضاء لحقه، ولا يعتق المكاتب قبل الأداء؛ لأن عتقه معلق بالبراءة عن بدل الكتابة، ولم يبرأ بل هو مطالب بأداء البدل[2].

فإن قيل: ينبغي أن يعتق؛ لأنه برئ عن دين المولى، حتى لا يكون للمولى أن يطالبه بأداء المكاتبة.

قلنا إنما لا يطالبه؛ لتعلق حق المحتال له، لا لسقوط دين المولى؛ ولهذا لو مات المولى، وعليه ديون، يستوفى بدل المكاتبة من المكاتب، ويقسم بين المحتال وغرماء المولى بالحصص، فلا يحكم بعتقه[3].

ولو باع المكاتب من مولاه عبد المكاتبة، جاز ويعتق، أما جواز البيع؛ لأنه التحق بالأحرار في حق المكاسب، وإذا جاز البيع استحق الثمن على المولى، فيصير قصاصا ببدل الكتابة، فيعتق، فإن هلك العبد قبل أن يقبضه المولى، بطل البيع، كما لو باع من أجنبي فهلك قبل التسليم، ويرجع المولى بالمكاتبة على المكاتب، ولا ينتقض العتق؛ لأنه لا يحتمل الانتقاض بعد الوقوع، ولو لم يهلك العبد، لكنه استحق في يد المكاتب، لا يعتق المكاتب؛ لأنه باع مال الغير، فلا يجب الثمن قبل الإجازة، فلا تقع المقاصة ببدل الكتابة،

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠، و«الهداية» ٣/ ٣٤٠.

بخلاف ما إذا هلك العبد قبل التسليم؛ لأن ذلك البيع أوجب الثمن للمكاتب، فصار قصاصا، ثم بهلاك العبد انتقضت المقاصة بعد وقوعها، فلا يظهر انتقاضها في حق العتق.

ولو كان المولى قبض العبد من المكاتب، ثم استحق من يده، عتق المكاتب ويرجع المولى عليه ببدل الكتابة؛ لأنهما جعلا بدل الكتابة بدلا عن العبد المستحق، وبدل المستحق يملك عند تسليم المستحق؛ لأنه يستحق الضمان على القابض، ألاترى أن من اشترى عبدا بجارية وتقابضا، ثم استحقت الجارية، بقي العبد مملوكا للقابض ينفذ إعتاقه فيه، فإذا سلم العبد إلى المولى، ملك المكاتب ما في ذمته، فيبرأ ويعتق.

ثم باستحقاق العبد تنتقض المقاصة والبراءة بعد وقوعها، فيعود الدين إلى ذمة المكاتب، ولا يظهر أن البراءة لم تكن، فلا ينتقض العتق.

أما إذا استحق العبد قبل التسليم إلى المولى، لم يملك المكاتب ما في ذمته؛ لأن في ذمته بدل المستحق، فلا يملك قبل تسليم المستحق فلا يعتق.

ولو أحال المولى غريما له على المكاتب حوالة مقيدة بالكتابة، ثم أعتقه المولى نفذ إعتاقه؛ لأنه بقي على ملكه بعد قبول الحوالة، فيعتق، وتبطل الكتابة؛ لوقوع الاستغناء عنها، ولا تبطل الحوالة استحسانا، يأخذ المحتال له دينه من المكاتب، ثم يرجع المكاتب بذلك على المولى؛ لأنه قضى دينه بأمره، والقياس أن تبطل الحوالة[1]، وهو قول زفر.

وكذا لو كاتب أم ولده، وأحال عليها ببدل الكتابة غريما له، ثم مات، عتقت وتبطل الكتابة، ولا تبطل الحوالة[2].

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

وكذا لو باع عبدا، أو أحال على المشتري بالثمن غريما له، ثم انفسخ بيع العبد بينهما بهلاك العبد قبل التسليم، أو بخيار رؤية، أو شرط، أو بخيار عيب قبل القبض أو بعده، بقضاء القاضي، يبطل الثمن، ولا تبطل الحوالة استحسانا[1]، وفي القياس تبطل الحوالة في الفصول كلها.

وإن استحق العبد المبيع تبطل الحوالة قياسا[2] واستحسانا.

وكذلك في مسئلة أول الباب أنه إذا مات المحيل بالحوالة المقيدة مفلسا، وعليه ديون، يؤخذ ماله من المحتال عليه، ويقسم بين المحتال له، وبين غرمائه بالحصص[3]، وتبطل الحوالة بقدر ما استحق على المحتال له.

وكذا لو كانت الحوالة مقيدة بالوديعة، والغصب، فاستحقت الوديعة والغصب، أو هلكت الوديعة، تبطل الحوالة قياسا واستحسانا[4].

وجه القياس: أنه لم يقبل الحوالة المطلقة، وقد فات ما تقيدت به الحوالة، فتبطل الحوالة، كما في الاستحقاق وهلاك الوديعة.

ولنا أن الحوالة قد صحت وأوجبت حقا للمحتال له، فلا تبطل بفوات ما تقيدت به الحوالة، إذا فات بفعل المحيل، أو المحتال عليه، كما لو أحال الثمن على المشتري ثم

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠، و«مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠، و«مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠، و«مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠.

(٤) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٧.

تقايلا[1].

وفي إعتاق المكاتب بطلت المكاتبة بإعتاق المولى فلا تظهر في حق المحتال له، وكذا إذا أحال بالثمن ثم انفسخ بينهما بخيار الشرط، والرؤية، والعيب، بطل الثمن بفعل المحيل، أو المحتال عليه، فلا تبطل الحوالة بمنزلة الإقالة[2].

ألا ترى أن الفسخ بهذه الأسباب لا يبطل حق الشفيع، ويجعل بمنزلة الإقالة فكذلك هنا.

وفي هلاك المبيع قبل التسليم، انفسخ البيع بفعل البائع، وهو ترك التسليم، أما في فصل الاستحقاق لم تبطل ما تقيدت به الحوالة بفعل المحيل، أو المحتال عليه، فلا يجعل كالقائم، فتبطل الحوالة ضرورة[3].

وفي المسئلة الأولى من الباب بطل ما تعلقت به الحوالة باستحقاق الغرماء، فتبطل الحوالة[4]، ولأن في الاستحقاق لو بقيت الحوالة يلزمه أداء المال مرتين: مرة إلى المستحق، ومرة إلى المحتال له، ولم يلزم إلا مرة واحدة، فلا يجوز إلزام الزيادة، وفي هلاك الوديعة، لو بقيت الحوالة، تصير الوديعة مضمونة عليه[5]، وهو لم يلتزم ضمان الوديعة، أما في غيرهما من المسائل لو بقيت الحوالة، لا يلزمه إلا قدر ما التزم، فتبقى الحوالة.

(١) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٧.

(٢) «مجلة الأحكام العدلية» ص١٣٠.

(٣) «مجلة الأحكام العدلية» ص١٣٠.

(٤) «مجلة الأحكام العدلية» ص١٣٠، و«المبسوط» ٢٠/ ٨٧.

(٥) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٧، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٩.

ثم استشهد بمسئلة مبتدأة، وهي مسئلة الغصب فقال: إذا مات المغصوب في يد الغاصب، فأقر الغاصب أنه كان اغتصبه من فلان، كان عليه قيمته للمقر له[1]، فإن أقام رجل آخر البينة أن المغصوب عبده اغتصبه منه، يقضى بالقيمة لصاحب البينة[2]؛ لأن البينة حجة متعدية، ولأنه ما أقر على نفسه إلا بقيمة واحدة، وقد استحقت، فلو أن المقضى له وهب القيمة للغاصب قبل القبض، أو أخذ القيمة، ثم وهب عين المأخوذ للغاصب، أو مات المقضى له، فورثها الغاصب، أو ورث مثلها من ماله، أو أوصى له بتلك القيمة، أو بمثلها، كان للمقر له أن يأخذها، أو مثلها من الغاصب؛ لأن في زعم الغاصب أن القيمة كانت للمقر له، وأن المقضى له كان ظالما، فإذا عادت إليه أمر بتسليمها إليه، كمن أقر لغيره بمال لا يملكه، ثم ملكه.

ولو وهب المقضى له للغاصب ألفا أخرى سوى المقبوض، سلم للغاصب، ولا سبيل للمقر له عليه؛ لأن الغاصب وإن زعم أن المقضى له كان ظالما، وأن ما قبض منه صار دينا عليه، لكن المديون لو وهب لصاحب الدين شيئا، سلم ذلك له بالهبة، لا بطريق قضاء الدين.

فرق بين هذا وبينما لو مات المقضى له، فورث الغاصب منه ألفا أخرى غير المقبوض، كان للمقر أن يأخذها؛ لأن في فصل الموت يزعم الغاصب أن ما أخذ كان دينا عليه، والدين مقدم على الميراث، فما وصل إليه يجعل واصلا بجهة الدين بدلا عن المأخوذ، ووصول البدل إليه كوصول عينه، فكان للمقر له أن يأخذ.

---

(١) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٧٢.

(٢) الجوهرة النيّرة ١/ ٤٣٨.

وكذا لو أوصى المقضى له للغاصب بألف من ماله، غير ما أخذ منه، كان للمقر له أن يأخذها؛ لأن الدين كما يقدم على الميراث، يقدم على الوصية، فما وصل إلى الغاصب يكون واصلا بجهة الدين، بخلاف الهبة؛ لأن الدين لا يتعلق بمال الرجل في حياته وصحته.

الفصل الرابع[1]:

رجل عليه ألف لرجل، وللمديون على رجل (آخر)[2] ألف درهم، فأحال المديون الأول صاحب دينه على غريمه على أن يؤدي مما عليه، ثم مرض المحيل، فقضى المحتال عليه دين المحتال له، ثم مات المحيل وعليه ديون كثيرة، ولم يدع مالا غير ما كان له على المحتال عليه، سلم المقبوض للمحتال له[3]؛ لأن المقبوض مال المحتال عليه لا مال المحيل؛ لما عرف أن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها، لكن يؤخذ دين المحيل من المحتال عليه، ويقسم بين الغرماء، المحتال عليه أحدهم؛ لأن المحتال عليه قضى دين المحيل بأمره، فوجب له على المحيل مثل ذلك، فصار ما في ذمة المحتال عليه قصاصا بما وجب له على المحيل، وصار المحتال عليه مستوفيا ما وجب له على المحيل في مرض المحيل[4]، ولا يسلم له ذلك، بل يكون لغرماء المحيل، المحتال عليه[5] أحدهم[6].

---

(١) في (ج) و (د) : "الثالث".

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

(٤) في (ج) و (د): "في مرضه".

(٥) تكرّر في الأصل هنا كلمة "المحتال عليه" وهو سهو.

فإن قيل: المحيل قبض ألفا في مرضه من المحتال عليه، عوضا عما في ذمة المحتال عليه؛ لأن قبض المحتال له بأمره كقبضه بنفسه، فينبغي أن لا يكون لغرما المحيل المشاركة مع[1] المحتال عليه فيما كان في ذمة المحتال عليه[2]، كما لو استقرض المريض ألفا ثم قضى القرض، كان المقبوض للمقرض خاصة.

قلنا: القرض إعارة حكما؛ كيلا يكون صرفا بالنسيئة، فصار قضاء القرض بمنزلة رد العارية، والمريض يملك العارية، ولأن في مسئلة القرض وإن قضى المستقرض ألفا، تعلق به حق الغرماء، فقد قضى ما يتعلق به حق الغرماء أيضا، فكان محولا لا يكون[3]، كما لو اشترى المريض شيئا بمثل قيمته، وتوى الثمن، أما في مسئلتنا ما دفع المحتال عليه إلى المحتال له، لا يتعلق به حق غرماء المحيل؛ لما مر، وما في ذمة المحتال عليه يتعلق به حق غرماء المحيل[4]، فلو جعل ما في ذمة المحتال عليه قصاصا بما دفع إلى المحتال له، كان المحيل مبطلا حق غرمائه، فلا يصح.

ونظيره: المريض إذا تزوج امرأة، وأوفاها مهرها، ثم مات، وعليه ديون، لا يسلم المقبوض للمرأة، بل يكون بينها وبين الغرماء بالحصص؛ لأن ما دفع إلى المرأة تعلق به حق

---

(٦) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٩.

(١) في (ج) و (د): "للغرماء حق المشاركة مع" مكان "لغرما المحيل".

(٢) في (ج) و (د): في ذمته".

(٣) في (ج) و (د): "لا مبطلا".

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

الغرماء، وما وصل إلى المريض وهو ملك البضع، لا يتعلق به حق الغرماء كذلك[1].

ولا يقال: بأن ما في ذمة المحتال عليه، لو صار قصاصا بما وجب له على المحيل، كان المحيل مقتضيا في مرضه لا قاضيا[2]؛ لأن في المقاصّة آخر الدينين يكون قضاء عن الأول، وآخر الدينين هاهنا[3] دين المحتال له، والمريض لا يمنع عن اقتضاء الدين؛ لأنا نقول: كيف ما كان، فقد قطع المحتال عليه يد الغرماء عما في ذمته، فلا يصح، كمن تزوج امرأة في مرضه على ألف درهم، وقد كان له عليها ألف قبل ذلك، لا يسلم ذلك للمرأة، بل يؤخذ منها دين الزوج، ويقسم بينها وبين الغرماء.

ولو كانت الحوالة مقيدة بوديعة كانت للمحيل[4] عند المحتال عليه، ثم مرض المحيل، فدفع المحتال عليه الوديعة إلى المحتال له، ثم مات المحيل، وعليه ديون كثيرة، لا يضمن المودع شيئا[5]؛ لأنه أمين وافق أمره، ولا تسلم الوديعة للمحتال له، بل لغرماء المحيل مشاركة المحتال له فيها؛ لأن المحتال عليه قضى بالوديعة دين المحيل بأمره فصار قضاؤه كقضاء المحيل بنفسه[6].

(١) "كذلك": ساقط من (ج) و (د).

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٩، و«مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠.

(٣) "ها نا" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "كانت للمحيل" ساقط من (ج) و (د).

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

(٦) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

ولو أن المحتال عليه أمسك الوديعة، وقضى الدين المحتال[1] من مال نفسه، كان له أن يرجع في الوديعة، ولا يكون متبرعا استحسانا[2].

ومن هذا الجنس مسائل:

إحداها: هذه.

ومنها[3]: الوكيل بقضاء الدين إذا أمسك دراهم الموكل، وقضى الدين من مال نفسه، والوكيل بالشراء، والوكيل بالانفاق على العيال إذا أمسك مال الموكل، ونقد الثمن، وأنفق من مال نفسه، في القياس يكون متبرعا[4]؛ لأنه قضى دينه بمال نفسه بغير أمره، وفي الاستحسان لا يكون متبرعا؛ لوجهين:

أحدهما: أن مقصود الآمر قد حصل، فكان إذنا له دلالة.

والثاني: أن في التعيين تضييقا على الموكل[5]، فربما يأخذه الطالب في السوق، أو في مصر آخر، فلو تقيد الأمر بالوديعة، تكلف حملها مع نفسه، وفيه من الحرج ما لا يخفى، فجعل مأذونا فيه، ولا يجعل متبرعا.

إذا ثبت هذا نقول: إذا مات المحيل وعليه ديون، سلم للمحتال ما قبض؛ لأنه مال المحتال، لا مال المحيل، ولا تسلم الوديعة للمحتال عليه، بل تكون بينه وبين غرماء المحيل

(١) "المحتال" ساقط من (ج) و (د).

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

(٣) في (ج) و (د): "الثانية".

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٦٢٨، والجوهرة النيّرة ١/ ٣٨٩، و«المبسوط» ١٩/ ٧٥.

(٥) في (ج) و (د) "الوكيل".

بالحصص[1].

الفصل الخامس[2]:

رجل باع عبدا بألف درهم حالة، كان له أن يحبسه بالثمن، فإن أحال البائع غريما له على المشتري بما عليه من الثمن، لا يبقى للبائع حق الحبس[3]، وإن أحال المشتري البائع على غريم من غرمائه، كان للبائع أن يحبس المبيع حتى يأخذ حقه من المحتال عليه في ظاهر الرواية[4].

فرق فقال: إن أحيل البائع، يبقى حق الحبس، وإن أحال البائع على المشتري بالثمن، لا يبقى له حق الحبس[5].

وفرق بين البيع وبين المكاتب[6]، إذا أحال المولى على المكاتب ببدل الكتابة، لا يعتق المكاتب، وإذا أحال المكاتب مولاه على رجل، عتق المكاتب[7].

جعل الجواب في المكاتب على عكس ما ذكر في البيع؛ ووجه ذلك: أن بطلان حق الحبس في البيع متعلق بسقوط حق المطالبة بالثمن، لا بسقوط الثمن، ألا ترى أنه لو أجل

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠، و«المبسوط» ٢٠/ ٨٧.

(٢) في (ج) و (د): "الرابع".

(٣) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٧.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٥، و«فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٧.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٥.

(٦) في (ج) و (د): "الكتابة".

(٧) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠، ٣٠١.

الثمن، يبطل حق الحبس، فإذا أحيل البائع، بقيت له المطالبة بالثمن، إلا أن المحتال عليه قام مقام المشتري في تحمل المطالبة؛ ولهذا كان للمحتال عليه[1] أن يرجع بما أدى على المشتري[2]، فكان نائبا عن المشتري وإذا بقيت المطالبة، بقي حق الحبس.

أما البائع إذا أحاله على المشتري بالثمن، لا يبقى له ولاية المطالبة بالثمن، لا بنفسه ولا بنائبه، أما بنفسه فظاهر، وأما بنائبه فلأن المحتال له قابض دين نفسه، فلا يصلح نائبا عن غيره، وإذا بطلت المطالبة، بطل حق الحبس[3].

ولا يقال: إذا أحيل البائع، لم يبق له مطالبة المشتري[4]، وبطلان حق الحبس متعلق بسقوط مطالبة البائع عن المشتري[5]؛ لأنا نقول: بقيت له مطالبة نائب المشتري، فكانت المطالبة باقية معنى، أما المكاتب فعتقه معلق بالبراءة عن البدل[6]، لا بسقوط المطالبة؛ ولهذا لا يعتق بتجيل البدل[7]، فإذا أحال المكاتب مولاه على رجل، برئ المكاتب فيعتق[8]، وإذا أحيل على المكاتب، لم يبرأ فلا يعتق.

(١) في (ج) و (د): "كان له".

(٢) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٩.

(٣) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٧.

(٤) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٨.

(٥) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٨.

(٦) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٠.

(٧) في (ج) و (د): "بالتأجيل".

(٨) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠١.

أما بطلان حق الحبس في البيع متعلق بسقوط المطالبة عن المشتري[1].

ثم استشهد لمسئلة البيع بمسئلة الرهن فقال: إذا أحال الراهن المرتهن على رجل، لم يكن له أن يأخذ رهنه حتى يأخذ المرتهن حقه من المحتال عليه، بمنزلة المشتري إذا أحال البائع، كان للبائع أن يحبس المبيع حتى يأخذ حقه من المحتال عليه[2].

ولو أحال المرتهن غريما له على الراهن حوالة مقيدة بالدين، كان للراهن أن يأخذ رهنه من المرتهن[3]، بمنزلة البائع إذا أحال على المشتري بالثمن[4].

سوّى في هذا الباب بين البيع وبين الرهن؛ لأن المبيع محبوس بالثمن بمنزلة الرهن[5]، وذكر في الباب المتقدم.

وسوّى بين الراهن وبين المرتهن فقال: أيهما أحال، كان لصاحب الرهن أن يأخذ رهنه، وقد ذكرنا[6] وجه الروايتين ذكرناه ثمة، فعلى تلك الرواية في البيع أيضا سوى بينهما، وأيهما أحال، يبطل حق الحبس[7]، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف.

ختم الباب بمسئلة الحوالة أنها توجب براءة المحيل عندنا، وعلى قول زفر

---

(١) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٧٨، و«ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٠.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٥.

(٣) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠ . و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٦.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٥.

(٥) الجوهرة النيّرة ١/ ٢٩٤.

(٦) "قد ذكرنا" ساقط من (ج) و (د).

(٧) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٠٥.

والقاسم[1] بن مَعن لا توجب[2]، ولصاحب الدين أن يأخذ أيهما شاء.

لهما: أن هذا عقد تبرع لتوثق، فلا يوجب البراءة كالكفالة[3]؛ ولهذا لو مات المحتال عليه مفلسا، كان له أن يأخذ الدين من المحيل[4] عندنا[5]، خلافا للشافعي[6]، ولو برئت ذمته لما عاد إليه؛ لأن الساقط لا يحتمل العود[7].

---

(١) كان في الأصل: "القسم" وهو سهو من الناسخ، وفي النسخ الأخرى: "القاسم" وهو الصحيح وهو قاسم بن مَعن بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود. تقدم ترجمته في ص ٣٢٣.

(٢) الجوهرة النيِّرة ١/ ٤٠٨، و«مجلة الأحكام العدلية» ص ١٣٠، «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٦، و«بدائع الصنائع» ٦/ ١٧، «ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٤.

(٣) «فتح القدير» ٧/ ٢٢٤.

(٤) وفي (ج) و (د): "يعود الدين إلى ذمة المحيل".

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٨، مختصر الطحاوي ص ١٠٣، مختصر القدوري ٧/ ٥٧.

(٦) فصّله الخطيب الشربيني بأنه المحيل يبرأ بالحوالة عن دين المحتال والمحال عليه عن دين المحيل ويتحول حق المحتال إلى ذمة المحال عليه، فإن تعذر بفلس أو جحد وحلف ونحوهما لم يرجع على المحيل. مغني المحتاج ٢/ ٢٥٤.
واحتج الشافعية بأن الحوالة مشتقة من حوالة الباذنجان أي قلع وأحيل في موضع آخر، وقد فرغ المحل الأول، كذلك ها هنا ذمة من عليه الحق كانت مشغولة بهذا الدين، ومن له الحق إذا قبل الحوالة، فقد رضي فراغ ذمة من عليه الحق، فصار ذمة المحتال عليه مشغولة. انظر: الأم ٣/ ٢٢٨، والمهذب ١/ ٣٤٥.

(٧) انظر قاعدة: «الساقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود» في مجلة الأحكام العدلية، مادة: ٥١، و«درر الحكام» شرح مجلة الأحكام ١/ ٥٥، و«الأشباه والنظائر» لابن نجيم ص ٣٧٨،

ولنا قوله عليه السلام: «مَن أحيل على مَليء فليَتبَع»[1] شرط الملاءة، ولو كان الدين على المحيل كما كان، لم يكن لشرط الملاءة معنى وفائدة[2]، ولأن الحوالة مأخوذة من النقل والتحويل، فتوجب نقل الدين[3]، والشيء إذا انتقل عن مكان لايبقى في ذلك المكان، أما الكفالة تنبئ عن الضم، والضم[4] لا يتحقق إلا مع بقاء الأول[5].

ولهذا يقال في العرف: "لي على فلان ألف، وفلان كفيل بها"، ولا يقال: "لي على فلان ألف، وفلان حويل بها" كما لا يقال: "لي في موضع كذا حنطة، وقد حولتها إلى موضع كذا".

وإنما يأخذ المال من المحيل إذا مات المحال عليه مفلسا[6]؛ لأنه لم يرض بالحوالة إلا بشرط السلامة، فإذا لم يسلم، يفوت الرضى، فلا يلزم العقد، وغير اللازم يحتمل

(١) سبق تخريجه في ص ١٤٤٣.
كما استدل الحنفية على ذلك بما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال في المحال عليه إذا مات مفلساً عاد الدين إلى ذمة المحيل، وقال: «لا توى على مال امرئ مسلم». والتوى: الهلاك، أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦/ ٧١.

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦، و«فتح القدير» ٧/ ٢٢٢.

(٣) «ردّ المحتار» ٥/ ٣٤٠، و«فتح القدير» ٧/ ٢٢١.

(٤) في (ج) و (د): "وأنه لا يتحقق".

(٥) «فتح القدير» ٧/ ٢٢١، و«مجلة الأحكام العدلية» ص ١١٥، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢، والجوهرة النيّرة ١/ ٤٠٠.

(٦) . «فتح القدير» ٧/ ٢٢٤.

الفسخ، فإذا فسخ، جعل كأن لم يكن[1]، كما لو باعه المديون عبدا بدينه برئ من الدين، فإن مات العبد قبل التسليم يعود الدين، قال محمد رحمه الله أرأيت لو أحاله المديون على رجل أن المحيل برئ، أكان يبرأ المحيل؟ فإن قلتم: برئ، اتضح ما قلنا أنه يجوز أن يبرأه، ثم يعود الدين بموته مفلسا[2]، وإن قلتم: لا يبرأ، فهو محال؛ لأن الحوالة كانت بهذا الشرط، فإذا لم يصح الشرط، وجب أن لا يجب المال على المحتال عليه؛ لأنه لم يلتزم المال إلا بشرط فراغ ذمة المحيل، فلا يكون ملتزما بدونه[3].

ـ والله أعلم ـ

(١) «فتح القدير» ٧/ ٢٢٦.

(٢) «فتح القدير» ٧/ ٢٢٣.

(٣) «فتح القدير» ٧/ ٢٢٢، و«مجلة الأحكام العدلية» ص ١٢٩.

باب من الكفالة التي تتحوّل إلى القيمة أو تبقى على الكفيل أو المكفول عنه بغير قيمة من الخمر وغيرها

بنى الباب على أن الكفيل بأمر في حق الأصيل بمنزلة المقرض، كأنه قال له: "اقرضني، واقض عني ديني"[1]، وفي حق الطالب بمنزلة المستقرض؛ لانضمام ذمته إلى ذمة المستقرض، والقرض مضمون بالمثل بمنزلة المغصوب[2].

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: نصراني أقرض نصرانيا خمرا، ثم أسلم المقرض بطل الخمر أصلا[3]، ولا ينتقل إلى القيمة؛ لأنه تعذر على المسلم قبض خمره بإسلامه؛ لأن المسلم ممنوع عن تملك الخمر، وبالقبض يتملك المقبوض حقيقة؛ لما عرف أن الديون تقضى بأمثالها، فإذا تعذر عليه قبض الحق على التأبيد بمعنى من جهته، صار كأنه هلك عند المستقرض، أو استهلكه المستقرض، وخمر المسلم لا يضمن، فيبطل أصلا.

وكذا لو أسلم المستقرض معه أو بعده[4]؛ لأن في إسلامها إسلام المقرض، وزيادة

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٦٦.

(٢) «المبسوط» ٢٠/ ٢٥.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٠٤.

(٤) ورواية عن أبي حنيفة أن عليه قيمتها، وهو قول محمد رحمه الله كذا نقله ابن نجيم في البحر الرائق. «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٠٤.

وإسلام المقرض مسقط، فيعمل به[1].

وإن أسلم المستقرض وحده فكذلك في قول أبي يوسف، وهو رواية عن أبي حنيفة، وعند محمد -وهو رواية عن أبي حنيفة- يتحول إلى القيمة[2]، وهكذا روى زفر وعاقبه القاضي عن أبي حنيفة.

ولو كان الخمر دينا عليه بغصب، فهو على هذا الخلاف[3]، لأبي يوسف: أنه كما تعذر قبض الخمر، تعذر قبض قيمتها؛ لأنه لو أدى القيمة، يتملك ما في ذمته؛ لأن قضاء الدين لا يجب إلا بشرط تملك ما في الذمة، فإذا تعذر تملك ما في ذمته، يسقط.

لمحمد: أن خمر الذمي متقوم عينا كان أو دينا، فإذا صار[4] محتبسا عند المسلم بإسلامه، يلزمه القيمة[5]، كما لو استهلكه بخلاف الأول؛ لأن ثمة خمر المسلم صار محتبسا عند الذمي، فلو وجب الضمان، وجب لحق المسلم، وإنها غير متقومة في حق المسلم، فلا يضمن، كما لو استهلك خمر المسلم[6]، وما قال من الشرط قلنا: إنما يعتبر هذا الشرط إذا أمكن، أما إذا تعذر فلا.

---

(١) «المبسوط» ٢/ ٢٥.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٤.

(٣) «المبسوط» ٢/ ٢٤.

(٤) في (ج) و (د) "كان".

(٥) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٧٢.

(٦) «الهداية» ٣/ ٣٨٤.

ألا ترى أن ضمان الغصب يفيد الملك في المضمون[1]، ولو تعذر إثبات الملك في المضمون بأن كان مدبرا، لا يبطل الضمان، كذلك هنا.

الفصل الثاني:

نصراني اشترى من نصراني شيئا بخمر، فأسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض، بطل الخمر ويفيد البيع؛ لأن البيع معاوضة المال بالمال، فإذا بطلت مالية الثمن في حق أحدهما قبل القبض، يبقى البيع بلا ثمن، فيفسد، كما لو كان مسلما وقت العقد[2]؛ لما عرف أن القبض بحكم البيع له حكم ابتداء البيع؛ لأنه يثبت ملك المقبوض ببدل، فكان الطارئ على البيع قبل القبض بمنزلة المقارن.

فإن قيل: لو أبرأه البائع عن الثمن، لا يفسد العقد، فكذا إذا أسلم؛ لأن إسلام الطالب بمنزلة الإبراء[3].

قلنا: إنما لا يفسد البيع بالإبراء عن الثمن؛ لأنه تصرف في الثمن بالإتلاف أو بتمليكه من المشتري أيضا، ولهذا يرتد بالرد[4]، فكان قبضا معنى؛ ولهذا كان اعتاق العبد وقتله قبضا، أما إسلام البائع ليس بتصرف في الثمن، وأنه يمنع قبض الخمر، فلا يمكن جعل الإسلام قبضا.

فرق محمد بين البيع وبين القرض فقال في القرض: إذا أسلم من عليه، يتحول إلى

(١) «مجلة الأحكام العدلية» ص ١٧٣.

(٢) «الجوهرة النيّرة» ١/ ٢٥٨.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ١٧٣.

(٤) «المبسوط» ٢٠/ ٢٤.

القيمة، وفي البيع لا يتحول[1].

ووجه الفرق: أن ما في ذمة المستقرض عين القرض حكما، وليس ببدل عنه؛ كيلا يكون تمليك الشيء بجنسه نسيئة، فإذا عجز المستقرض عن رد مال المقرض مع قيام الموجب للرد، يتحول إلى القيمة[2]، ويلحق بالإستهلاك.

أما البيع معاوضة[3]، وإنما رضي البائع بزوال ملكه بشرط سلامة الخمر له، فإذا لم يسلم، يفوت الرضى، فيفسد العقد، وإذا فسد البيع، يلزمه رد المبيع إن كان قائما، وقيمته إن كان هالكا، كما هو الحكم في البيع الفاسد من الأصل[4].

نصراني أقرض نصرانيا خمرا، وكفل نصراني بأمر المستقرض، ثم أسلم أحدهم، فهو على وجوه[5]:

إن أسلم الطالب وحده، بطل الخمر أصلا؛ لما قلنا، وكذا لو أسلم المستقرض معه[6]، أو أسلم الكفيل معه، أو أسلم أحدهما بعد الطالب، أو أسلموا معا؛ لما قلنا: إن إسلام الطالب يبطل الخمر أصلا، فإن أسلم المستقرض وحده، فكذلك عند أبي يوسف

---

(١) «المبسوط» ٢٠/ ٢٤ - ٢٥.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٥٨.

(٣) القاموس الفقهي ص ٤٤.

(٤) «المبسوط» ٢٠/ ٢٥.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥.

(٦) "معه" ساقط من (ج) و (د).

يبطل الخمر لا إلى بدل؛ لما عرف من مذهبه[1].

ومحمد بنى الباب على مذهبه فقال: إن أسلم المستقرض وحده، خير الطالب إن شاء طالب الكفيل بعين الخمر، وإن شاء طالب المستقرض بقيمتها[2]؛ لأن عنده إسلام المطلوب لا يبطل الخمر[3]، لكن يتعذر تسليمها، فيخير على هذا الوجه؛ لأن التعذر بسبب الإسلام وجد في حق المستقرض دون الكفيل.

ولا يقال: بأن الأصيل برئ من الخمر، فوجب أن يبرأ الكفيل؛ لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل.

لأنا نقول: لم يسقط الخمر عن الأصيل، إلا أنه تعذر الاستيفاء، ولم يتعذر الاستيفاء من الكفيل، فبقي الكفيل مطالبا بعين الخمر، والأصيل بقيمتها[4].

وشبه هذا برجل عليه قفيز من رطب، وبه كفيل، فطالب صاحب الرطب الأصيل في غير أو أن الرطب[5]، فقضى القاضي[6] عليه بقيمة الرطب، فلم يأخذه حتى جاء أوان الرطب، فهو بالخيار إن شاء طالب الأصيل بالقيمة الرطب[7]، وإن شاء طالب الكفيل

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥.

(٣) «المبسوط» ٢٠/ ٢٤، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥ -٢٨٦.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥.

(٥) في (ج) و (د) "أنه" مكان "أن الرطب".

(٦) "القاضي" ساقط من (ج) و (د).

(٧) "الرطب" ساقط من (ج) و (د).

بعين الرطب[1]؛ لأن التحويل إلى القيمة ثبت بالقضاء، والقضاء وجد في حق الأصيل، فيقتصر عليه، كذلك ههنا.

فإن أخذ الطالب قيمة الخمر من المستقرض، برئ الكفيل والأصيل جميعاً[2]؛ لأن الأصيل برئ بأداء القيمة، وبراءته توجب براءة الكفيل[3] وإن أخذ الخمر من الكفيل، فإن كانت الكفالة بأمر الأصيل رجع الكفيل على الأصل بقيمة الخمر، لما ذكرنا[4]: إن الأصيل في حق الكفيل بمنزلة المستقرض؛ لأن الكفالة بأمر توجب دينين[5]: دينا للطالب على الكفيل، ودينا للكفيل على الأصيل، فكان إسلام الأصيل في حق الكفيل كإسلامه في حق المقرض، فكما يحول إسلام الأصيل حق الطالب قيمة[6]، يحول حق الكفيل إلى القيمة.

فرق بين هذا وبين مسألة الرطب في تلك المسألة[7]، (فإن ثمة)[8] إذا أخذ من الكفيل عين الرطب، يرجع الكفيل على الأصيل بعين الرطب إن كان في أوانه[9].

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٩.

(٢) "جميعاً" ساقط من (ج) و (د).

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥.

(٤) من قوله: "من الكفيل" إلى قوله: "لما ذكرنا" ساقط من (ج) و (د).

(٥) «الهداية» ٣/ ١٢٣.

(٦) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥.

(٧) " في تلك المسألة" ساقط من (ج) و (د).

(٨) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٩) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٩.

والفرق أن ثمة سبب التحول قضاء القاضي، والقاضي حوّل حق الطالب، فيبقى حق الكفيل في عين الرطب كما كان أما في مسألتنا[1] سبب التحول إسلام المستقرض، فكما وجد سبب التحول في حق الطالب وجد في حق الكفيل، فيتحول حقهما إلى القيمة.

وإن لم يأخذ الطالب شيئا من أحدهما، حتى أسلم الكفيل، يرجع الطالب بقيمة الخمر على أيهما شاء[2]؛ لأنه كما تعذر استيفاء الخمر من الأصيل، تعذر من الكفيل، فإن أخذ القيمة من الأصيل، برئا[3]؛ لما عرف، وإن أخذ القيمة من الكفيل، رجع الكفيل بالقيمة على الأصيل؛ لأن إسلام الكفيل بعد إسلام الأصيل، بمنزلة إسلام المقرض بعد إسلام المستقرض، وذلك لا يسقط القيمة؛ لما قلنا.

وإن أسلم الكفيل وحده، فللمقرض الخيار إن شاء[4] أخذ الخمر من الأصيل، أن شاء أخذ[5] القيمة من الكفيل[6]، كما لو أسلم المستقرض وحده، يأخذ من الكافر منهما عين الخمر، ومن المسلم القيمة، كذلك هنا.

فإن أخذ من المستقرض، برئ الأصيل والكفيل جميعا؛ لما عرف.

---

(١) "أما في مسألتنا" ساقط من (ج) وفيه: "وهنا سبب التحول".

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥، و«المبسوط» ٢٠/ ٢٤.

(٤) في (ج) و (د): "بين".

(٥) في (ج) و (د) "أو القيمة" مكان "إن شاء أخذ القيمة".

(٦) «المبسوط» ٢٠/ ٢٥.

وإن أخذ من الكفيل، لا يرجع الكفيل على الأصيل بشيء[1]؛ لأن إسلام الكفيل في حق الأصيل كإسلام الطالب، فيبطل الخمر[2]، وهو بمنزلة ما لو أبرأ الكفيل الأصيل قبل الأداء من الكفيل[3]، ثم أدى الكفيل[4]، لا يرجع بشيء، كذلك هنا.

وإن أسلم المستقرض بعد إسلام الكفيل، كان للمقرض أن يأخذ أيهما شاء بقيمة الخمر[5]؛ لما قلنا، وأيهما أدى[6] القيمة، لا يرجع على صاحبه بشيء[7]، أما إذا أدى الأصيل فظاهر، وأما إذا أدى الكفيل، فلأن إسلام الكفيل[8] قبل إسلام الأصيل، أسقط حقه عن الأصيل لا إلى بدل[9].

وإن أسلم المستقرض والكفيل معا، فكذلك الجواب؛ لأنه إنما يتحول حق الطالب بعد إسلام المستقرض؛ لأنه حكمه، فإذا اقترن إسلام الكفيل بإسلام الأصيل، كان الواجب على الأصيل حال إسلام الكفيل عين الخمر، فيبطل أصلا، فإذا أدى الكفيل

---

(١) المصدر السابق.

(٢) المصدر السابق.

(٣) "من الكفيل" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "الكفيل" ساقط من (ج) و (د).

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥ و ٢٠٦.

(٦) "أدى" أثبتناه من (ج) و (د).

(٧) "بشيء" ساقط من (ج) و (د).

(٨) في (ج) و (د) "إسلامه" مكان "إسلام الكفيل".

(٩) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥ و ٢٠٦.

القيمة، لا يرجع على الأصيل بشيء[1].

وإن أسلم المقرض بعدهما، كان له أن يأخذ القيمة من أيهما شاء؛ لأن ما كان له عليهما، تحول إلى القيمة بإسلامهما، فإسلامه بعد ذلك لا يمنع بقاء القيمة.

وإن أسلم المستقرض ثم المقرض، بطل حق المقرض عن الكفيل أصلا؛ لأن حال إسلام المقرض كان الواجب على الكفيل عين الخمر، فبطل بإسلامه، وله أن يأخذ القيمة من المستقرض؛ لأن ما كان في ذمه المسترقض صارت[2] قيمة قبل إسلام المقرض، فلايسقط بإسلام المقرض[3]، ولا ببراءة الكفيل؛ لأن براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل.

نصراني خالع امرأتيه النصرانيتين على ألف رطل من خمر في الذمة، على أن كل واحدة منهما[4] كفيلة عن صاحبتها، جاز، وللزوج أن يأخذ أيتهما شاء بجميع الخمر، البعض بحكم الأصالة، والبعض بحكم الكفالة؛ لأن الخمر في حقهم كالخل[5] والعصير في حقنا.

فإن أسلم الزوج قبل أن يأخذ شيئا، قسم الخمر الذي خلقها عليه[6] على مهرها،

---

(١) «المبسوط» ٢٠/ ٢٤.

(٢) في (ج) و (د) هكذا: "أن يأخذ القيمة من الأصيل، لأن ما في ذمة الأصيل صار قيمة".

(٣) "المقرض" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "منهما" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "كالخل" ساقط من (ج) و (د).

(٦) "الذي خلقها عليه" ساقط من (ج) و (د).

فما أصاب مهر كل واحدة منهما، كان عليهما قيمة ذلك[1].

فرق بين الخلع، وبين البيع، والقرض، قال في البيع:

إذا أسلم أحدهما قبل القبض، يفسد البيع، والخلع لا يبطل وإن أسلما جميعاً[2]؛ لأن البيع يحتمل الانفساخ[3]، فإذا تعذر قبض الثمن[4] على التأبيد، يفسد، كما لو هلك أحد العوضين قبل القبض في بيع المقايضة، وكما لو كان الثمن فلوسا، فكسدت قبل القبض، يفسد البيع في قول[5] أبي حنيفة.

أما الخلع لا يحتمل الانفساخ؛ لأنه طلاق[6]، ولهذا لو خلع امرأته على عين، فهلك العين قبل القبض، لا يبطل الخلع فلهذا لا يبطل الخلع بالإسلام قبل قبض الخمر[7].

وأما الفرق بين القرض وبين الخلع، قال في القرض[8] إذا أسلم المقرض يبطل

---

(١) «المبسوط» ٢٠/٢٥.

(٢) "جميعاً" ساقط من (ج) و (د).

(٣) الجوهرة النيّرة ١/٢٦٧.

(٤) في (ج) و (د) "البدل".

(٥) في (ج) و (د) "عند أبي حنيفة".

(٦) أي طلاق عند الحنفية، وعند الشافعية الخلع فسخ، وفائدته إذا خالفهما ثم تزوجها بعد ذلك عادت إليه بتطليقتين لا غير عند الحنفية، وعندالشافعية بثلاث. انظر الجوهرة النيّرة ٢/٧٧،

(٧) الجوهرة النيّرة ٢/٧٨.

(٨) "قال في القرض" ساقط من (ج) و (د).

الخمر، ولا ينقلب قيمة، وهنا لا يبطل الخمر أصلا[1]؟.

ووجه[2] الفرق أن ما في ذمة المستقرض عين حق المقرض حكما، بمنزلة خمر في يده، فإذا تعذر قبضه بحكم الإسلام، صار كأنه هلك، فلا يجب شيء؛ لأن خمر المسلم لا يضمن[3]، أما في الخلع، الخمر وجب في ذمتهما كان[4] بدلا عن البضع، وقد صحت التسمية، فإذا تعذر قبضها بحكم الإسلام، وتعذر فسخ الخلع أيضا، وليس للخلع موجب أصلي، وجب عليها قيمة الخمر[5]، كما تزوج الذمي ذمية على خمر في الذمة ثم أسلما؛ أو أسلم أحدهما قبل القبض، يجب لها قيمة الخمر في قول أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف الأول[6]؛ فلهذا قال: يجب على كل واحدة منهما قيمة حصتها من الخمر.

وطريق معرفة الحصة: ما قال محمد في الكتاب: إنه يقسم الخمر الذي خلقها عليه على مهرهما الذي تزوجهما عليه[7] (البدل على مهرها)[8]، فما أصاب مهر كل واحدة منهما من الخمر، عليها قيمة ذلك؛ لأنه قابل الخمر بالبضعين، فيقسم عليهما على قدر قيمتهما، كما لو باع شيئين بثمن واحد، يقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما، والبضع

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥.

(٢) في (ج) و (د): "الفرق".

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥.

(٤) "كان" ساقط من(ج) و (د).

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٦.

(٦) انظر الجوهرة النيّرة ٢/ ١٧، و«المبسوط» ٢٠/ ٢٥، و«الجامع الصغير» ص ١٨٦.

(٧) قوله: "الخمر الذي" إلى قوله: "تزوجها عليه" ساقط من (ج) و (د).

(٨) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

حالة الخروج عن ملك الزوج[1] غير متقوم، فإذا تعذر قسمة الخمر على قيمتهما يوم الخلع، يقسم على اعتبار[2] قيمتها حال ما كان متقوما[3]، وهو وقت الدخول في ملك الزوج[4]، وقيمتها في ذلك الوقت، المهر الذي تزوجهما عليه، فإذا ظهرت حصة كل واحدة منهما من الخمر، كان عليها قيمة ذلك[5].

وفي الحقيقة تكون[6] القيمة بدل عن البضع، لا عن الخمر ويبطل عن كل واحدة منها حصة الكفالة؛ لما ذكرنا أن الكفيل في حق الطالب بمنزلة المستقرض، ولأن الكفالة عقد يحتمل الفسخ، فيبطل بإسلام الطالب.

فرق أبو يوسف بين الخلع وبين النكاح فقال: إذا تزوج ذمي ذمية على خمر في الذمة، ثم أسلما، أو أسلم أحدهما قبل القبض، يجب لها مهر المثل[7]، وفي الخلع قال: "يجب لها قيمة الخمر"[8]، ووجه ذلك: أن البضع حال الدخول في ملك الزوج متقوم فإذا فسدت التسمية بإسلام أحدهما قبل القبض خير إلى البدل الأصلي وهو مهر المثل أما

(١) "عن ملك الزوج" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "اعتبار" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "حال ما كان متقوما" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "ملك الزوج" ساقط من (ج) و (د).

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٦.

(٦) "تكون" ساقط من (ج) و (د).

(٧) «مختصر الطحاوي» ص ١٨١.

(٨) الجوهرة النيّرة ٢/ ٧٨.

البضع[1] حالة الخروج غير متقوم، فإذا تعذر تسليم الخمر، وليس للطلاق موجب أصلي، والزوج لم يرض بزوال ملكه بغير عوض، أوجبنا قيمة الخمر[2].

هذا إذا أسلم الزوج وحده، أما إذا أسلمت المرأتان معه، فكذلك؛ لأنه وجد إسلام الزوج وزيادة.

وإن أسلمت المرأتان، ولم يسلم الزوج، أخذ الزوج أيتهما شاء بجميع قيمة الخمر[3]؛ لأن إسلام المطلوب بجعل الخمر قيمة، أصيلا كان المطلوب[4] أو كفيلا، وأيتهما أدت لم ترجع على صاحبتها بشيء[5]؛ لأنها لو رجعت، لرجعت بحكم الكفالة، والكفيل في حق الأصيل مقرض، وإسلام المقرض يبطل الخمر أصلا[6]، فإذا أسلمتا معا، بطل حق الكفيل، كما لو أسلم المقرض مع المستقرض.

وإن أسلمت إحداهما دون الأخرى، كان له الخيار إن شاء أخذ المسلمة بجميع القيمة الخمر[7]، وإن شاء أخذ الأخرى بعين الخمر، فإن أخذ القيمة من المسلمة، لم ترجع

(١) قوله: "حالة الدخول" إلى قوله: "أما البضع" ساقط من (ج) و (د).

(٢) الجوهرة النيّرة ٢/ ٧٩.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٦.

(٤) "المطلوب" ساقط من (ج) و (د).

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٦.

(٦) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٠٤.

(٧) "الخمر" ساقط من (ج) و (د).

هي[1] على صاحبتها[2] بشيء[3]؛ لأن إسلامها في حق الأخرى إسلام (في حق)[4] المقرض.

وإن (كان)[5] أخذ الخمر من التي لم تسلم، رجعت على صاحبتها بحصتها من قيمة الخمر[6]؛ لأنها أدت حصة صاحبتها بحكم الكفالة (عنها)[7]، وإسلام صاحبتها في حقها إسلام المستقرض، فجعل الخمر قيمة.

وإن أسلمتا على التعاقب، يأخذ أيتهما شاء بجميع قيمة الخمر، كما لو اسلمتا معا، فإن أخذ القيمة من التي أسلمت أولا، لم ترجع هي على صاحبتها بشيء[8]؛ لأنها أدت حصة صاحبها[9] بحكم الكفالة[10]، وإسلام الكفيل أولا يبطل الخمر عن الأصيل[11].

---

(١) "هي" ساقط من (ج) و (د).

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٦.

(٣) "بشيء" ساقط من (ج) و (د).

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٥) ما بين المعكوفتين أضيفت من (ج) و (د).

(٦) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٦.

(٧) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٨) "بشيء" ساقط من (ج) و (د).

(٩) في (ج) و (د): "أدت عنها بحكم".

(١٠) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٦.

(١١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥.

وإن أخذ القيمة من التي أسلمت آخر، رجعت على صاحبتها بحصتها من قيمة الخمر[1]؛ لأن بإسلام الأولى صار ما عليها بحكم الكفالة قيمة، فلا تبطل تلك القيمة بإسلام الثانية.

وإن أسلمت إحداهما ثم الزوج، كان له أن يأخذ المسلمة بجميع قيمة الخمر؛ لأن ما كان عليها، تحول بإسلامها قيمة[2]، فلا يبطل ذلك بإسلام الزوج، وليس للزوج أن يأخذ التي لم تسلم إلا بحصتها من القيمة؛ لأن ما كان عليها بحكم الكفالة بطل بإسلام الزوج، فإن أدت المسلمة جميع القيمة، لم ترجع على صاحبتها؛ لأنها لو رجعت بحكم الكفالة والإسلام الكفيل يبطل حقه[3] عن الأصيل أصلا[4]، فلا يرجع.

وإن لم يأخذ الزوج شيئا حتى أسلمت الأخرى، كان للزوج أن يأخذها بحصتها من قيمة الخمر، ولا يأخذها بجميع القيمة؛ لأن حصة الكفالة تسقط عنها بإسلام الزوج قبل إسلامها فلا يعود[5].

نصرانيان عليهما دم عمد لنصراني، فصالحهما ولي القتيل على خمر معلوم على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه، جاز، فإن أسلم أحد منهم[6] فهذا والخلع سواء[7]؛

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٦.

(٢) المصدر السابق.

(٣) قوله: "لأنها لو رجعت" إلى قوله: "الكفيل يبطل حقه" ساقط من (ج) و (د).

(٤) «المبسوط» ٢٠/ ٢٤.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٦.

(٦) "أحد منهم" ساقط من (ج) و (د).

لأن كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ، ولا يجب المال فيه إلا بالقسمة.

الفصل الرابع:

نصراني كاتب عبدين نصرانيين له، على ألف رطل من خمر كتابة واحدة على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه، جاز استحسانا، والقياس أن لا يجوز[1]؛ لأن كفالة المكاتب باطلة وكذي[2] والكفالة ببدل الكتابة باطلة[3]، فاشتراطها في الكتابة يوجب بطلانها.

وجه الاستحسان: أن تصحيح العقد واجب ما أمكن، (وقد)[4] أمكن بأن يجعل في حق كل واحد منهما كأنه كاتبه على جميع البدل، وعلق عتق الآخر بأدائه، كما لو كاتب عبدا حاضرا وعبدا غائبا على ألف درهم على الحاضر، فإنه يجوز، ويتعلق عتق الغائب بأداء الحاضر[5]، مسألة معروفة.

فإن أسلم المولى قبل القبض، أو أسلم[6] أحد المكاتبين، أو أسلموا معا، يصير

---

(٧) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٦، و«ردّ المحتار»: ٥/ ٦٣٥.

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٤.

(٢) "باطلة وكذي" ساقط من(ج) و (د).

(٣) «المبسوط» ٢٠/١٩.

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وزيادة من (ج) و (د).

(٥) «المبسوط» ٢٠/ ٢٠.

(٦) "أسلم" ساقط من (ج) و (د).

الخمر قيمة[١].

فرق بينه وبين الخلع، في الخلع إذا أسلم الزوج يبطل عن كل واحدة منهما[٢] حصة الكفالة[٣]، وهنا لا تبطل، وفي الخلع إذا أسلمت إحدى المرأتين، يتحول ما عليها قيمة، ويبقى الخمر على الأخرى[٤]، وهنا إذا أسلم أحدهما، يتحول الكل قيمة[٥].

والفرق أن في الكتابة لو ميزنا البعض عن البعض، ونسقط حصة الكفالة، لأظهرنا الكفالة في هذا العقد، (وأنه)[٦] مبطل العقد كما هو وجه القياس[٧]، فلم تظهر الكفالة ويجعل كل البدل على كل واحد منهما بجهة[٨] الأصالة كما هو وجه الاستحسان[٩].

وفي المكاتب الواحد إذا أسلم المولى قبل القبض، يصير الكل قيمة[١٠] كذلك هنا، ولأنا لو ميزنا الكفالة عن الأصالة، ونبطل ما على كل واحد منهما بجهة الكفالة

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٤.

(٢) "منهما" ساقط من (ج) و (د).

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٦.

(٤) المصدر السابق.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٤.

(٦) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وزيادة من (ج) و (د).

(٧) «المبسوط» ٢٠/ ١٩.

(٨) في (ج) و (د) "بحكم الأصالة".

(٩) «المبسوط» ٢٠/ ١٩.

(١٠) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٤.

بالإسلام[1]، فإذا أدى أحدهما ما عليه بجهة الأصالة، يبرأ عن البدل، فيعتق والمولى لم يرض بعتق أحدهما إلا بأداء كل البدل[2]، فلهذا جعل العبدان كعبد واحد، وإسلام أحدهما كإسلامهما.

أما في الخلع إظهار جهة الكفالة لا يبطل العقد[3]، فميزنا الكفالة عن الأصالة.

فإن قيل: الكتابة عقد يحتمل الفسخ بمنزلة[4] البيع، فينبغي أن تبطل بإسلام المولى؟.

قلنا: الكتابة تشبه الخلع والبيع؛ لأنها معاوضة، وفيها تعليق العتق بالأداء[5]، والمعاوضة تحتمل الفسخ، والتعليق لايحتمل، فاعتباره بالبيع يوجب بطلانه بالإسلام قبل القبض، واعتباره بالخلع يمنع بطلانه، فلا يبطل، وإنما ينفسخ بعجز المكاتب عن البدل[6]؛ لأنه عقد إرفاق في حق العبد، والإرفاق في أن ينفسخ بالعجز، ولا يبطل بالإسلام.

وإذا ثبت هذا في إسلام المولى، فكذا في إسلامهم، وإسلام أحد العبدين؛ لأنهما جعلا كشيء واحد في هذا العقد، فكان إسلام أحدهما كإسلامهما[7].

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٥.

(٢) «المبسوط» ٢٠/ ٢٠.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٨٦.

(٤) في (ج) و (د) "كالبيع".

(٥) انظر «الجامع الصغير» ص ٤٥٣.

(٦) «الجوهرة النيّرة» ٢/ ١٤٦.

(٧) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٤.

وكذلك العبد الواحد[١] بين رجلين أدا[٢] كاتباه على خمر، فأسلم أحد المولين[٣].

وكذا لو كان المولى واحدا، فمات وترك بنين وبنات، فأسلم أحدهم.

وكذا لو مات المكاتب وترك بنين وبنات، يسعون في المكاتبة[٤]، فأسلم أحدهم، تحولت المكاتبة كلها قيمة.

وكذلك رجل كاتب عبدين له على عشرة آلاف أقفزة رطب، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه، فانقطع أوان الرطب، فلقي المولى أحد العبدين، فقضى القاضي عليه بقيمة الرطب، تحول الكل قيمة؛ لأنهما جعلا كشخص واحد في الكتابة[٥]، والمال الواجب عليهما لا يحتمل التجزي.

وكذا رجلان كاتبا عبدا لهما على رطب موصوف، فخاصمه أحد المولين في غير أوان الرطب[٦]، (وقضى بالقيمة)[٧]، تحول الكل قيمة[٨].

---

(١) "الواحد" ساقط من (ج) و (د)

(٢) "أداء" ساقط من (ج) و (د)..

(٣) في (ج) و (د): "أحدهما".

(٤) «الجوهرة النيّرة» ٢/ ١٤٦.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٤.

(٦) في (ج) و (د) "بغير أوانه".

(٧) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٨) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٩٤.

الكوكب الدري على جامع الترمذي

مجموع الإفادات والتحقيقات

للإمام المحدث الفقيه المصلح الكبير الداعي الى عقيدة التوحيد
الخالص وسنة البيضاء العلامة رشيد أحمد الكنكوهي رحمه الله تعالى م ١٣٢٣ھ

جمعها وألفها

العلامة الكبير الشيخ المحدث محمد يحيى بن محمد اسمعيل الكاندهلوي رحمه الله

حققها وعلق عليها

العلامة المحدث الشيخ محمد زكريا الكاندهلوي رحمه الله تعالى

وقدم لها

سماحة الشيخ السيد أبو الحسن على الحسني الندوي

الجزء الثالث

بالخيار: إن شاء شاركه في الثوب، وإن شاء رجع على الغريم بنصف الدين[1]، فإن رجع على الغريم بنصف الدين وأخذ منه[2]، لم يكن للمصالح أن يشاركه فيما قبض[3]؛ لأن حقه تحول إلى الثوب، وإن اختار غير المصالح أن يشارك المصالح في الثوب، كان المصالح بالخيار: إن شاء أعطاه نصف الثوب، وإن شاء أعطاه ربع الدين؛ ثم يرجعان على الغريم بربع الدين، وهي مسألة معروفة.

فكذلك مسألة الرطب؛ لأن القضاء بمنزلة الصلح[4]، وهذا دين يحتمل التبعيض، بخلاف الكتابة.

فرق بين مسألة الصلح، وبين ما إذا باع أحد الشريكين في الصبرة نصيبه، فإنه لا يكون لشريكه أن يشاركه في الثمن[5]، وفي الصلح للساكت أن يشاركه في الثوب.

ووجه ذلك: أن في مسألة البيع البائع نقل الشركة إلى المشتري، وأقام المشتري مقام نفسه في ذلك كأنه هو، وبقيت الصبرة مشتركة بينهما من حيث المعنى، بخلاف الصلح، فإن في الصلح لم يقم المصالح غيره مقام نفسه.

---

(١) «الجوهرة النيّرة» ١/ ٤١٦.

(٢) "منه" ساقط من (ج) و (د).

(٣) «ردّ المحتار» ٥/ ٦٤١.

(٤) «ردّ المحتار» ٥/ ٦٢٩.

(٥) «ردّ المحتار» ٥/ ٦٤١.

أبواب المجلد الخامس